

UTNYTTELSE AV INFORMASJON MOTTATT UNDER FORHANDLINGSFASEN



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 710

Leveringsfrist: 26.04.2011

(* regelverk for masteroppgave på:

www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg_emnebeskrivelse_masteroppgaver_JUR5030_5060.html)

Til sammen 17759 ord

24.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Begrepsbruk	3
1.3	Rettskilder	3
1.3.1	Generelt	3
1.3.2	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts	4
1.3.3	Uttalelser fra Næringslivets Konkurransautvalg (NKU)	6
1.4	Videre opplegg	7
<u>2</u>	<u>RETTSLIG GRUNNLAG</u>	<u>8</u>
2.1	Innledning	8
2.2	Det alminnelige prekontraktuelle ansvar	8
2.3	Markedsføringsloven § 25	10
<u>3</u>	<u>LOJALITETSPLIKTENS INNHOLD</u>	<u>15</u>
3.1	Det alminnelige prekontraktuelle ansvar	15
3.1.1	Generelt om det alminnelige prekontraktuelle ansvar	15
3.1.2	Utnyttelse av informasjon mottatt i forhandlingsfasen	19
3.1.3	Hvilke skranker setter lojalitetsplikten for Bs adgang til å foreta konkurransehandlinger under pågående forhandlinger?	21
3.1.4	Kravet til lojal medvirkning	25
3.1.5	Informasjonsansvaret	27
3.1.6	Opplysningsplikt	30
3.1.6.1	Problemstilling	30
3.1.6.2	Opplysningspliktens innhold	31
3.1.6.3	Plikt til å opplyse om konkurrerende atferd?	33
3.2	Markedsføringsloven § 25	35

3.2.1	”God forretningsskikk”	35
3.2.2	Utnyttelse av informasjon mottatt under forhandlingsfasen	38
4	<u>RETTSVIRKNINGER</u>	<u>49</u>
4.1	Innledning	49
4.2	Prekontraktuelt ansvar	49
4.2.1	Innledning	49
4.2.2	Erstatningsutmålingen	50
4.2.3	Den krenkede interesse	50
4.2.4	Adekvat årsakssammenheng	51
4.2.5	Erstatning for tapt fortjeneste som følge av at forhandlingene ikke førte frem	53
4.2.6	Erstatning for kostnader som følge av forhandlingene	58
4.3	Markedsføringsloven § 25	61
4.3.1	Innledning	61
4.3.2	Forbud	61
4.3.3	Erstatning	62
5	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>66</u>
6	<u>REGISTRE</u>	<u>67</u>
6.1	Litteraturliste	67
6.2	Lover	68
6.3	Forarbeider	69
6.4	Rettspraksis og annen juridisk praksis	69
6.4.1	Norsk Retstidende	69
6.4.2	Uttrykte underrettsavgjørelser hos Lovdata	70
6.4.3	Uttalelser fra Næringslivets Konkurransutvalg (NKU)	70
6.5	Regler utarbeidet av private organisasjoner	70

1 Innledning

1.1 Tema

Problemstillingen i oppgaven er om en part kan utnytte informasjon han har mottatt under forhandlinger om avtale.

Oppgaven tar utgangspunkt i den situasjon der A og B har innledet forhandlinger om et mulig samarbeid. Partene befinner seg altså i den prekontraktuelle fase. De har ennå ikke nådd punktet hvor det kan sies å foreligge en rettslig bindende avtale, men har etablert en form for kvalifisert kontakt slik at det er naturlig å tale om forhandlinger. Oppgaven søker å belyse den situasjon hvor forhandlingene om samarbeid ikke fører frem, og hvor den ene parten B utnytter informasjonen han har mottatt under forhandlingene til å gjennomføre det prosjektet som opprinnelig var gjenstand for forhandlingene med A.

Jeg legger til grunn at A og B begge er næringsdrivende, og at det ikke foreligger noen avtale dem imellom som regulerer adgangen til informasjonsutnyttelse. Videre forutsetter jeg at A og B er konkurrenter. Når B benytter informasjonen han har mottatt fra A under forhandlinger om samarbeid i egen virksomhet, så innebærer det en konkurransehandling. Utnyttelsen forbedrer Bs markedsposisjon på bekostning av A. Spørsmålet er hvor langt Bs handlefrihet rekker. I hvilken grad kan han utnytte den kunnskap han har mottatt som følge av forhandlingene med A?

Problemstillingen oppgaven søker å besvare kan sies å falle mellom to stoler; partenes kontakt knyttes til den prekontraktuelle fase, samtidig som den omtvistede atferd er en konkurransehandling. Vi befinner oss altså i den situasjon hvor overgangen mellom interaksjonen mellom potensielle medkontrahenter og konkurransehandling er svært glidende.

Begrensninger i Bs handlingsfrihet kan etter dette tenkes å følge av to selvstendige rettsgrunnlag; det alminnelige prekontraktuelle ansvar og markedsføringsloven § 25.

For begge disse grunnlagene står lojalitetsplikten helt sentralt. Lojalitetsplikten kan betegnes som en plikt til å ta rimelig hensyn til og ivareta den annen parts interesser.¹

Det alminnelige prekontraktuelle ansvar er ansvar som bygger på at normene for atferd i den prekontraktuelle fase er krenket. Normene kan utledes fra partenes felles målsetting om at forhandlingene skal føre til avtaleslutning.² Spørsmålet her er om utnyttelse av informasjon er i strid med partenes forventning om at forhandlinger innledes med det formål å nå frem til en avtale.

Markedsføringsloven § 25 setter forbud mot handlinger som er i strid med ”god forretningsskikk”. Bestemmelsen retter seg mot illojale konkurransehandling.³ Den verner om ”lojaliteten i næringslivet, og henviser til en alminnelig lojalitetsvurdering”, jf. Rt. 1998 side 1315. I motsetning til det prekontraktuelle ansvar som begrunnes i partenes forventninger, skal mfl. § 25 ivareta mer overordnede samfunnsmessige hensyn. Fri konkurranse sikrer effektiv ressursbruk, men der konkurransen blir for intens kan den virker mot sin hensikt. Når det gjelder utnyttelse av informasjon er det særlig begrensningen i konkurrentenes adgang til å snylte på hverandres innsats som står sentralt.⁴

Jeg skal undersøke om lojalitetsplikten som følger av henholdsvis prekontraktsuelt ansvar og markedsføringsloven § 25 setter grenser for Bs adgang til informasjonsutnyttelse, og hvilke rettsvirkninger A eventuelt kan gjøre gjeldende etter de respektive rettsgrunnlag.

¹ Nazarian (2007) s. 29

² Simonsen (1997) s. 7

³ Lunde (2010) s. 147

⁴ Aktuell Immaterialrett (2008) s. 28-29

1.2 Begrepsbruk

Jeg vil tidvis benytte betegnelsene A og B på partene, der A gjennomgående er den påstått krenkede part, og B den angivelige krenker.

Med informasjon mener jeg såkalt ”knowhow”. Det eksisterer ingen alminnelig definisjon av dette begrepet i norsk rett.⁵ Tanken er ikke å forsøke meg på en slik definisjon, men snarere å angi området for oppgaven.

Jeg bygger min forståelse av begrepet på de sakkyndiges uttalelser i Rt. 1964 side 238, som er den sentrale dommen på området. Førstvoterende tar ikke eksplisitt stilling til uttalelsene, men gjengir disse uten innvendinger. Etter disse uttalelsene kan informasjon deles opp i tre nivåer; bedriftshemmeligheter som nyter vern etter markedsføringsloven §§ 28 og 29, knowhow og allmenn tilgjengelig informasjon som ikke nyter vern overhode. Denne tredelingen synes også å ha oppslutning i teorien.⁶ Det er altså utnyttelse av informasjon som befinner seg i mellomsjiktet oppgaven behandler. Informasjonen omfatter drifts- eller forretningsforhold; typisk en samling av teknisk viten og kunnskap som er anskaffet gjennom tids- og ressurskrevende undersøkelser, og som parten i utgangspunktet ønsker å bevare for seg selv. Den representerer en økonomisk verdi og har betydning for partens konkurranseevne.

1.3 Rettskilder

1.3.1 Generelt

Rettskildebruken i oppgaven bygger på akseptert tradisjonelt rettskildebilde.

Det alminnelige prekontraktuelle ansvar er hjemlet i ulovfestet rett. Det foreligger lite høyesterettspraksis på området, og avgjørelsene er i stor grad konkrete vurderinger på bakgrunn av sakens faktum. De generelle retningslinjene for ansvar er hovedsaklig trukket opp i litteraturen.⁷ Juridisk teori har derfor vært en viktig kilde for løsningen av

⁵ Irgens-Jensen (2010) s. 94-102 og Lunde (2001) s. 363

⁶ Irgens-Jensen (2010) s. 94-102 og Lunde (2001) s. 364

⁷ Simonsen (1997) s. 10 og Hjelmeng (2007) s. 171

oppgavens problemstilling. Jeg har også sett hen til UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (se punkt 1.3.2) der norsk rett fremstår som usikker, og disse gir en klar løsning.

Når det gjelder markedsføringsloven § 25 gir verken ordlyden eller forarbeidene særlig klare holdepunkter for innholdet av ”god forretningsskikk”-vurderingen.⁸ Ved løsningen av oppgavens problemstilling har jeg hovedsaklig anvendt rettspraksis – både høyesterettspraksis og illustrerende underrettspraksis, uttalelser fra Næringslivets Konkurransautvalg (se punkt 1.3.3) og juridisk litteratur. Disse kildene har imidlertid i liten grad berørt oppgavens problemstilling direkte.

1.3.2 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (heretter UNIDROIT Principles) regulerer grenseoverskridende kontraktsforhold. Prinsippene var ferdig utformet i 1994, og en endret versjon forelå i 2004. Prinsippene inneholder både artikler og forklarende kommentarer og eksempler, som utgjør en enhet.⁹

Prinsippene er utarbeidet av The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) som er et uavhengig forbund med grunnlag i en multilateral overenskomst. I dag består UNIDROIT av 63 medlemsland – deriblant Norge. Forbundets formål er å fremme harmonisering av privatreten.¹⁰

UNIDROIT Principles er ikke folkerettslig bindende, men anbefalte løsninger. De henter sin legitimitet i sin overbevisningskraft, og partenes behov for et felles rettslig grunnlag. I følge prinsippenes forord eller ”preamble” får de anvendelse der dette er avtalt mellom partene. Men forordet forutsetter også at der det ikke er tilfellet, så kan prinsippene bidra til å klarlegge og presisere rettsforholdet mellom partene der nasjonal lovgivning ikke løser spørsmålet eller er uklar.

⁸ Lunde (2001) s. 55-79

⁹ Hagstrøm (2004) s. 61

¹⁰ Hagstrøm (2004) s. 61

UNIDROIT Principles er hovedsaklig en generalisering av CISG (konvensjonen om internasjonale løsørekjøp). CISG er utarbeidet av UNIDROIT og er folkerettslig bindende. I norsk rett er konvensjonen gjennomført ved transformasjon ved lov om kjøp av 13. mai nr. 27 1988. Kjøpsloven har vært et utpreget forbilde ved utviklingen av moderne lovgivning innenfor kontraktsrettens område. I forhold til CISG representerer UNIDROIT Principles en utvidelse av hvilke kontrakter som omfattes, og gir en mer inngående regulering av disse kontraktstyper.

UNIDROIT Principles er som nevnt ikke rettslig bindende. Dette betyr imidlertid ikke at prinsippene er uten betydning for norsk rett.

For de tilfeller der norsk rett er klar er det ingen grunn til å bygge på prinsippene. Hvis det derimot er usikkert hvilken løsning som følger av norsk rett, så kan prinsippene gi betydelig veiledning. Disse er presumptivt et resultat av veloverveide drøftelser, og gir uttrykk for balanserte løsninger.¹¹ De kan benyttes som tolkningsmomenter ved utfylling av ufullstendige avtaler, og gi grunnlag for å utvikle og videreutvikle kontraktsrettslige prinsipper som allerede har en viss forankring i norsk rett.¹²

En rekke hensyn taler for en slik anvendelse. For det første gjelder ikke legalitetsprinsippet på kontraktsrettens område. Videre er UNIDROIT Principles en utvidelse av CISG, som i betydelig grad danner grunnlaget for norsk kontraktslovgivning. Fordelene ved en internasjonalisering på kontraktsrettens område må også trekkes frem. I et samfunn med økende globalisering vil andelen av grenseoverskridende kontrakter nødvendigvis stige. Et felles rettslig grunnlag skaper forutberegnelighet og vil være tvisteforebyggende. Hensynet til samsvar mellom rettsreglene tilsier at tilsvarende regler får anvendelse uavhengig av om kontrakten er grenseoverskridende eller nasjonal.

¹¹ Høgberg (2006) s. 125

¹² Hagstrøm (2004) s. 64

Det må etter dette legges til grunn at UNIDROIT Principles kan være en relevant rettskildefaktor ved fastleggelsen av kontraktsrettslige prinsipper.

Hvilken rettskildemessige vekt prinsippene skal tillegges må vurderes konkret ut fra det nasjonale rettskilde bildet i den situasjonen som skal løses. Jeg har trukket inn prinsippene der løsningen etter norsk rett er uklar (se punkt 3.1.3 og 4.2.6). Her bidrar prinsippene til å presisere innholdet av norsk rett. Når en legger til grunn at prinsippene er velfunderte løsninger og hensynet til en internasjonalisering av kontraktsretten, er det mye som taler for å tillegge disse betydelig vekt.¹³

1.3.3 Uttalelser fra Næringslivets Konkurransautvalg (NKU)

Næringslivets Konkurransautvalg er et privat tvisteløsningsorgan, og består av representanter for næringslivet oppnevnt av blant annet Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) og Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH). Representantene er hovedsaklig godt kvalifiserte jurister, og det er lang tradisjon for at Utvalgets formann er høyesterettsdommer.¹⁴ I følge Utvalgets vedtekter § 1 er dets kompetanseområde avgrenset til kun å omfatte tvister mellom næringsdrivende etter markedsføringsloven. Av samme bestemmelse følger det at uttalelsene ikke er rettslig bindende. Det hører imidlertid til sjeldenhetene at en næringsdrivende lar være å rette seg etter en uttalelse.¹⁵

Det er klart at uttalelser fra NKU er en relevant rettskilde ved ”god forretningsskikk”-vurderingen etter mfl. § 25. De gir uttrykk for representanter for næringslivets oppfatning av den aktuelle atferd.¹⁶ Videre tilsier representantenes juridiske kompetanse at uttalelsene er veloverveide løsninger.

¹³ Høgberg (2006) s. 124

¹⁴ Lunde (2001) s. 94

¹⁵ Immaterialrett og produktetterlikning mv. etter markedsføringsloven (2009) s. 643

¹⁶ Lunde (2001) s. 100

Hvilken vekt de skal tillegges ved den konkrete vurderingen synes noe omtvistet i teorien.¹⁷ Forarbeidene til markedsføringsloven (1972) fremholder at tradisjonelt har de hederlige og rettenkende næringsdrivendes oppfatning vært rettesnoren ved ”god forretningsskikk”-vurderingen, men at domstolen klart nok ikke kan sjalte ut sin egen vurdering.¹⁸ Dette synspunktet er fulgt opp i Rt. 1998 side 1315, hvor Høyesterett, under henvisning til forarbeidene, legger til grunn at

”[v]ed vurderingen har naturligvis oppfatningen innen næringslivet sentral betydning. Men den er ikke alene avgjørende. Retten må selv gjøre seg opp en mening om hva som er ’god’ forretningsskikk”.

Etter dette må det etter min oppfatning være klart at uttalelsene fra NKU ikke er bindende for domstolene, men kan være viktige bidragsytere for hvorledes handlingen oppfattes i praksis.¹⁹

Oppgavens problemstilling befinner seg i grenseområdet mellom avtaleretten og markedsføringsloven. Ettersom avtaleretten er utenfor Utvalgets mandat så har dette betydning for uttalelsenes konkrete relevans.

1.4 Videre opplegg

I punkt 2 vil jeg redegjøre for det prekontratuelle ansvar og markedsføringsloven § 25s bakgrunn, rettssystematiske plassering og relevans. I punkt 3 drøfter jeg lojalitetsplikten nærmere innhold, og i punkt 4 hvilke rettvirkninger A kan gjøre gjeldende ved et eventuelt brudd på denne. Avslutningsvis vil jeg i punkt 5 gi en kort oppsummering av hvilke funn jeg har gjort under punkt 3 og 4.

¹⁷ Lunde (2001) s. 102-108

¹⁸ Innstilling fra konkurranselovkomiteén s. 30

¹⁹ Se tilsvarende Lunde (2001) s. 102-108

2 Rettslig grunnlag

2.1 Innledning

Som nevnt under punkt 1.1 kan det anføres to rettslige grunnlag for ansvar for den som utnytter informasjon mottatt under forhandlingsfasen; det alminnelige prekontraktuelle ansvar og markedsføringsloven § 25. Jeg vil i det følgende redegjøre for reglenes bakgrunn, rettssystematiske plassering og relevans, før jeg i punkt 3 drøfter ansvarets innhold.

2.2 Det alminnelige prekontraktuelle ansvar

Det alminnelige prekontraktuelle ansvar er en del av det større problemkomplekset erstatning for rene formuestap i deliktsretten. Rene formuestap er tap som ikke skyldes person- eller tingsskade, eller følger av slik skade. Det som skiller disse tapene fra integritetskrenkelsene er fraværet av utgangspunktet om at denne typen skader bør unngås.²⁰ Ved krav om erstatning for rene formuestap er det i teorien anført at det ikke er tilstrekkelig at de alminnelige erstatningsvilkårene er oppfylt. Det må i tillegg foretas en vurdering av hvorvidt den krenkede interesse nyter erstatningsrettslig vern overhode.²¹ Det prekontraktuelle ansvar etablerer et ansvarsgrunnlag for rene formuestap som følge av illojal atferd under kontraktsforhandlingene. Ansvaret bygger på at det gjelder generelle normer for atferd i den prekontraktuelle fase. Atferdsnormene har sin bakgrunn i partenes tillit til at forhandlinger innledes med den felles målsetting om å nå frem til kontrakt.²²

Det prekontraktuelle ansvar er særlig utviklet gjennom juridisk teori, med bakgrunn i rettspraksis. Anerkjennelsen av det prekontraktuelle ansvar i norsk rett har lenge vært uavklart. Det har vært enighet i teorien om at et slikt ansvar eksisterer, men noen

²⁰ Simonsen (1997) s. 11

²¹ Hjelmeng (2007)

²² Simonsen (1997) s. 14-15 og 41

prinsipiell avgjørelse fra Høyesterett har ikke foreligget.²³ I den nylige avsagte Rt. 2010 side 1478 uttaler imidlertid Høyesterett at

”[d]et er i rettspraksis og teori lagt til grunn at den lojalitetsplikten som gjelder mellom partene i et kontraktsforhold, også kan komme inn før endelig avtale er inngått, jf. Rt. 1992 side 1110, Rt. 1995 side 543, Rt. 1998 side 761; Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar 1997 side 7, Viggo Hagstrøm; Obligasjonsrett 2003 s. 85-86 og Geir Woxholt, Avtalerett, 7. utgave side 199 flg.”

Selv om denne saken ikke gjaldt tvist mellom næringsdrivende, men forbrukere, må uttalelsen sies å være generell, og en må etter dette legge til grunn at det utvilsomt eksisterer et prekontraktuelt ansvar i norsk rett.

Den rettssystematiske plasseringen av ansvaret er usikker. Ansvaret har elementer fra både kontraktsretten og erstatningsretten. Lojalitetsplikten som gjelder mellom partene er en forlengelse av den lojalitetsplikten som gjelder mellom partene i kontrakt, jf. den siterte uttalelsen fra Rt. 2010 side 1478, men det er fremdeles tale om ansvar utenfor kontrakt, og den alminnelige erstatningsretten (deliktsretten) vil således være et naturlig utgangspunkt. Den rettssystematiske plasseringen har først betydning ved spørsmålet om rettsvirkninger, og vil bli behandlet under punkt 4.2.²⁴

Anvendelsen av det prekontraktsuelle ansvar forutsetter at partene befinner seg i den prekontraktsuelle fase. I dette ligger at partene har overskredet grensen for vanlig sosial kontakt, med ennå ikke nådd terskelen for bindende avtale. Denne prekontraktsuelle fase – eller forhandlingsfasen – kan være både kortvarig og langvarig, alt avhengig av den mulige avtales kompleksitet og partenes evne til enighet. Det er ikke alltid like klart hvor grensen for bindende avtale går, men det vil føre for langt å gå inn på dette temaet her.

Det prekontraktsuelle ansvar tar sikte på å verne det partene med rimelighet kan forvente av forhandlingssituasjonen. Dette innebærer nødvendigvis at regelen har et meget vidt anvendelsesområde. Regelens begrensning ligger snarere i lojalitetspliktens innhold.

²³ Simonsen (1997) s. 148 og Woxholt (2009) s. 200

²⁴ Simonsen (1997) s. 165-167

2.3 Markedsføringsloven § 25

Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (heretter markedsføringsloven eller mfl.) ble vedtatt 9. januar 2009, og avløste den tidligere markedsføringsloven av 16. juni 1972 nr. 47 (heretter mfl. (1972)).

Vedtaket av den nye markedsføringsloven har sin bakgrunn i gjennomføringen av direktiv 2005/29/EF om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere, som er tatt inn i EØS-avtalen. Av den likelydende ordlyden samt lovens forarbeider fremgår det at bestemmelsene som skal beskytte næringsdrivende, ikke har vært gjenstand for revisjon.²⁵ Forarbeider, rettspraksis og teori om den tidligere markedsføringsloven vil således være relevant.

Forløperen til mfl. (1972), og også startskuddet for norsk markedsføringsrett, er lov om utilbørlig konkurranse fra 1922. Denne loven hadde som hovedformål å motvirke illojal konkurranse næringsdrivende imellom.²⁶

Markedsføringsloven omfatter ”kontroll med markedsføring, handelspraksis og avtalevilkår i forbrukerforhold og stiller krav til god forretningsskikk mellom næringsdrivende”, jf. § 1. De bestemmelser som regulerer forholdet mellom næringsdrivende er inntatt i lovens kapittel 6 om ”[b]eskyttelse av næringsdrivendes interesser”. Som næringsdrivende regnes ”en fysisk eller juridisk person som utøver næringsvirksomhet, og enhver som handler i vedkommendes navn eller på vedkommendes vegne”, jf. mfl. § 5 b).

Kapittel 6 innledes med generalklausulen i § 25 om god forretningsskikk. Deretter følger spesialbestemmelser (§§ 26-31) som setter forbud mot konkret angitte illojale handlinger. Disse omfatter villedende forretningsmetoder (§ 26), utilstrekkelig veiledning mv. (§ 27), utnyttelse av bedriftshemmeligheter (§ 28), utnyttelse av

²⁵ Innst.O. nr 20 (2008-2009)

²⁶ Lunde (2010) s. 22

tekniske hjelpemidler, (§ 29), etterligning av en annens produkt, (§ 30) og uriktige geografiske betegnelser for vin og brennevin (§ 31).

Ingen av spesialbestemmelsene regulerer spørsmålet om begrensninger i partenes adgang til å utnytte informasjon mottatt under forhandlingsfasen. Jeg har allerede forutsatt at informasjonen ikke nyter vern etter §§ 28 og 29. Videre er §§ 26, 27 og 31 klart nok ikke anvendelige. Ordlyden i § 30 krever at det allerede foreligger et produkt eller annen frembringelse, hvilket som ikke er tilfellet her. Det relevante rettslige grunnlag er derfor mfl. § 25, som har til formål å fange opp uakseptabel atferd som går klar av lovens spesialbestemmelser.²⁷

Av ordlyden i § 25 følger det at den omfatter den som foretar ”handling” ”i næringsvirksomhet”. Utnyttelse av informasjon oppfyller klart nok kravet til ”handling”.

Det andre vilkåret om at handlingen må være foretatt ”i næringsvirksomhet” gir anvisning på en subjektbegrensning. Hva som utgjør en ”næringsvirksomhet” er ikke definert i loven, men utførlig behandlet i teorien og til en viss grad forarbeidene til markedsføringsloven (1972). Utgangspunktet er at det må dreie seg om en økonomisk virksomhet av en viss varighet og omfang.²⁸ Det vil føre for langt å foreta en nærmere redegjørelse for vilkåret, og jeg forutsetter at A og B oppfyller kravet.

Markedsføringsloven § 25 har et meget vidt anvendelsesområde og synes å regulere alle handlinger foretatt i næringsvirksomhet. Forhistorien til markedsføringsloven og forarbeidene til 1972-loven viser imidlertid at det må innfortolkes et krav om konkurransehandling.

Forgjengeren til mfl. § 25, konkurranseloven av 1922 § 1 første ledd, hadde følgende ordlyd:

²⁷ Indstilling til lov om utilbørlig konkurranse s. 23

²⁸ Lunde (2001) s. 41-46

”Under utøvelse av næringsvirksomhet eller i sådan virksomhets tjeneste er det ikke tillatt i konkurranseøiemed å foreta handlinger, som efter god forretningsskikk er utilbørlig.”

En handling foretatt ”i konkurranseøiemed” kan betegnes som konkurransehandling.

Uttrykket ”i konkurranseøiemed” er ikke videreført i markedsføringsloven.

Forarbeidene til markedsføringsloven (1972) er klare på at forskjellen ikke tilsikter noen realitetsendring. I følge komiteen var det ikke nødvendig med en videreføring, da vilkåret – rett forstått – ikke sa noe annet enn at handlingen måtte være foretatt i næringsvirksomhet.²⁹

I sin drøftelse av hvorvidt kravet om ”konkurranseøiemed” skulle sløyfes eller ikke uttaler imidlertid komiteen at

”[m]ot å uttale [sic] vilkåret ’i konkurranseøiemed’ kan det innvendes at lovbudet da – tatt på ordet – også vil omfatte slike handlinger som brudd på kontrakt eller utilbørlig opptreden overfor underordnede. Denne innvending er dog av rent formell karakter, idet vel ingen vil komme på at slike forhold hører under konkurranseloven.”³⁰

I teorien har denne uttalelsen blitt oppfattet som å gi uttrykk for at generalklausulen ikke regulerer avtalerettslige forhold.³¹ Jeg er enig i at en slik forståelse følger naturlig av forarbeidenes formulering. Dersom en legger denne forståelsen av generalklausulens anvendelsesområde til grunn kan det reises spørsmål om den overhode kan anvendes på den situasjon oppgaven behandler.

I forhandlingsfasen forbereder partene innholdet av kontrakten. Denne fasen og selve avtaleforholdet er sterkt knyttet til hverandre. Det kan således være nærliggende å hevde at generalklausulen heller ikke regulerer prekontraktuelle forhold.

En slik synsmåte blir imidlertid for snever. For vårt tilfelle befinner vi oss som sagt i den glidende overgangen mellom prekontraktuell atferd og konkurransehandling.

²⁹ Innstilling fra konkurranselovkomiteén s. 31

³⁰ Innstilling fra konkurranselovkomiteén s. 31

³¹ Simonsen (1997) s. 81-82 og Lunde (2001) s. 27

Forarbeidene må forstås slik at generalklausulen oppstiller et krav om konkurransehandling. Når det først er foretatt en konkurransehandling så faller den inn under § 25 uavhengig av om den er foretatt i eller utenfor kontrakt. Henvisningen til at kontraktsbrudd ikke omfattes må snarere forstås som en eksemplifisering av atferd som normalt ikke vil inneholde det nødvendige konkurranseelementet. Formuleringen stenger derimot ikke for de tilfeller der kontraktsbruddet faktisk er en konkurransehandling. Denne forståelsen synes også å være lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 1990 side 607 Viking-Askim.

Rt. 1990 side 607 gjaldt selskapet Viking-Askim A/Ss krav om erstatning for påstått illojal opptreden i forbindelse med avvikling av arbeidsforhold i Viking Mikrosystemer A/S og stiftelse av et konkurrerende selskap, Saga Data A/S.

Lagmannsretten hadde lagt til grunn at markedsføringsloven av 1972 § 1 ikke fikk anvendelse på de saksøktes opptreden, da det dreide seg om et ansettelsesforhold. Høyesterett var ikke enig i dette og uttalte at

”[s]lik jeg ser det, må markedsføringsloven § 1 kunne anvendes på arbeidstakere som tar sikte på å slutte i en bedrift for å begynne egen virksomhet, når de som her, i ansettelsestiden etablerer næringsvirksomhet som foretar konkurransehandling.”

Tilsvarende synspunkt er lagt til grunn i juridisk teori.³²

Konklusjonen må etter dette bli at markedsføringsloven § 25 er et relevant rettsgrunnlag for spørsmålet om forhandlinger om et mulig samarbeid medfører begrensninger i partenes adgang til utnyttelse av informasjon.

Etter det som er sagt her kan det konkluderes med at både det prekontraktuelle ansvar og markedsføringsloven § 25 er relevante rettsgrunnlag for oppgavens problemstilling.

³² Simonsen (1997) s. 82

En annen sak er at det er mest nærliggende å anvende prekontraktuelt ansvar så lenge forhandlingene består, og mfl. § 25 etter avsluttede forhandlinger, jf. Rt. 1990 s. 607.³³

Når begge rettsgrunnlag er anvendelige oppstår problemstillingen om innholdet av lojalitetsplikten, og eventuelle rettsvikninger er sammenfallende. Dette vil bli nærmere redegjort for i henholdsvis punkt 3 og punkt 4.

³³ se også Lunde (2001) s. 361

3 Lojalitetsplikten innhold

3.1 Det alminnelige prekontraktuelle ansvar

3.1.1 Generelt om det alminnelige prekontraktuelle ansvar

Det er sikker rett at det eksisterer en ulovfestet lojalitetsplikt i kontraktsforhold.³⁴ Det må videre anses som klart at denne lojalitetsplikten gjelder for alle stadier eller faser av kontraktsutviklingen, og dermed også forhandlingsfasen, jf. Rt. 2010 side 1478 (se punkt 2.2).³⁵

Vi har i norsk rett ingen legaldefinisjon av begrepet lojalitetsplikt, men generelt kan det legges til grunn at det gir uttrykk for en redelighetsvurdering, der det sentrale er plikten til å ivareta motpartens interesser.³⁶

Spørsmålet som skal besvares her er hvilke skranker lojalitetsplikten setter for partenes adgang til å utnytte informasjon mottatt under forhandlingsfasen.

Lojalitetsplikten i den prekontraktuelle fase står i kontrast til det grunnleggende prinsippet om kontraktsfrihet. Av dette følger at partene har frihet til selv å beslutte om avtale skal inngås. Partene kan som hovedregel ikke pålegges en kontraheringsplikt ut fra hensynet til motparten, og kan således avslutte forhandlingene når de selv finner det tjenelig.³⁷ Denne handlingsfriheten er en grunnleggende forutsetning for konkurransen i markedet. Aktørene forfølger sin egeninteresse i størst mulig fortjeneste, og handler på egen risiko og regning. Tap i et forretningsforhold oppveies av gevinst i et annet. Hver av partene er nærmest til selv å ivareta sine interesser.³⁸

³⁴ Nazarian (2007) s. 29

³⁵ Se også Nazarian (2007) s. 31-32

³⁶ Nazarian (2007) s. 29

³⁷ Simonsen (1997) s. 73-75

³⁸ Simonsen (1997) s. 122-127

Ved fastsettelsen av lojalitetsplikten innhold må det hele tiden foretas en avveining mot partenes handlingsfrihet. I hvilken grad er partene forpliktet til å sette motpartens interesser foran sine egne?

Lojalitetsplikten kan begrunnes med at samarbeid mellom markedsaktørene forutsetter et tillitsforhold. Partene må kunne stole på hverandre. Usikkerhet om motpartens intensjoner kan gjøre forhandlinger om avtale kostbare, og medføre at avtaler som ville vært samfunnsøkonomisk fordelaktige ikke blir inngått som følge av for stor risiko og for høye kostnader. Rettssystemets misbilligelse av illojal opptreden er derfor nødvendig.³⁹

Det er klart at disse hensynene begrunner inngripen i partenes handlingsfrihet. Spørsmålet er imidlertid hvor grensen mellom lojal og illojal atferd skal trekkes.

Fastleggelsen av rettsbruddsgrensen må avgjøres på bakgrunn av en konkret skjønnsmessig vurdering. Lojalitetsplikten er en avveiningsnorm, og gir uttrykk for en bred helhetsvurdering der alle aspekter ved partenes relasjon er relevant.⁴⁰

Rt. 1998 side 761 gir en viss veiledning for hvor grensen mellom lojal og illojal atferd skal trekkes. Ved spørsmål om erstatning som følge av motpartens atferd under forhandlingsfasen uttaler Høyesterett at ”utgangspunktet må være at det kreves en klanderverdig opptreden under kontraktsforhandlingene – illojalitet, uredelighet, forledelse eller liknende.”

Dette utgangspunktet er senere lagt til grunn av mindretallet i Rt. 2006 side 1585. Saken gjaldt spørsmålet om det var inngått bindende avtale, subsidiært krav om erstatning for brudd på lojalitetsplikten under forhandlingsfasen. Høyesterett delte seg i to, hvor flertallet kom til at det forelå bindende avtale. Mindretallet på en dommer kom til

³⁹ Simonsen (1997) s. 123-127

⁴⁰ Simonsen (1997) s. 162

motsatt resultat. Om spørsmålet om erstatning for negativ kontraktsinteresse uttaler mindretallet følgende:

”Det hadde riktignok vært ønskelig om partene hadde vært klarere i sin kommunikasjon med hverandre. Men det stilles ganske strenge krav for såkalt prekontraktuelt erstatningsansvar; det heter for eksempel i Rt-1998-761 at ’utgangspunktet må være at det kreves en klandreverdigg optreden under kontraktsforhandlingene – illojalitet, uredelighet, forledelse eller liknende’.”

Dissenterende dommers votum har riktignok ikke særlig rettskildemessig vekt, men er likevel interessant ettersom det ikke var nødvendig for flertallet å ta stilling til spørsmålet.

I den tidligere nevnte Rt. 2010 side 1478 uttaler Høyesterett at utgangspunktet må være ”at det gjelder en stor grad av handlingsfrihet på forhandlingsstadiet, og at den alminnelige lojalitetsstandard gir uttrykk for en minimumsstandard”.

Ovennevnte rettspraksis er entydig, og det må etter dette være klart at det skal mye til før lojalitetsplikten begrunner inngripen i partenes handlefrihet.

Dette gir imidlertid få holdepunkter for den konkrete vurdering som må foretas. Det er nødvendig å søke og klarlegge hvilke momenter som er relevante ved lojalitetsvurderingen.

Det er naturlig å ta utgangspunkt i spørsmålet om hvilke interesseposisjoner lojalitetsplikten skal verne. Under forhandlingsfasen består partenes interesser hovedsaklig i målet om kontraktsslutning. Forhandlinger innledes i den hensikt å nå frem til en avtale. I motsatt fall vil forhandlingene være formålsløse og bortkastet bruk ressurser. Partene innleder forhandlinger i tillit til at også motparten drives av ønsket om kontraktsslutning, og det er nettopp denne tilliten eller forventningen som vernes av lojalitetsplikten.⁴¹

⁴¹ Simonsen (1997) s. 171

Simonsen har formulert spørsmålet om lojalitetsplikten innhold som et spørsmål om partenes berettigede forventninger;

”[u]ttrykket ’berettigede forventninger’ sikter til grunnlaget for skadelidtes tillit. Forventningene er bare beskyttelsesverdige når de samsvarer med det som naturlig eller normalt ville ha blitt utledet av den prekontraktuelle situasjonen.”⁴²

Når det gjelder den nærmere vurdering uttaler han at problemstillingen i rettspraksis

”regelmessig [har] blitt formulert som et spørsmål om skadelidte var, eller burde ha vært, innforstått med det aktuelle *risikobildet* i kontraheringssituasjonen. Var skadelidte rimelig godt orientert om de forhold som veltet kontraheringsforsøket, vil ikke et krav om skadesløsholdelse nå frem.”⁴³

Videre må det legges til grunn at det i uttrykket illojal atferd ligger et krav om subjektiv skyld. Simonsen fremholder at det gjelder et ordinært aktsomhetskrav. Spørsmålet blir altså om skadevolder kunne eller burde ha handlet annerledes. Dette vil bero på om det forelå et faktisk handlingsalternativ for skadevolder, og videre om skadelidtes forventninger var synbare.⁴⁴

Simonsen begrunner sitt synspunkt hovedsaklig i tysk rett og norsk rettspraksis, jf. Rt. 1970 side 637, Rt. 1981 side 462 og Rt. 1984 side 624.⁴⁵ Av særlig interesse er Rt. 1981 side 462 hvor et boligbyggelag hevdet at deres forventning om kommunens medvirkning til godkjennelse av reguleringsplan nøytt erstatningsrettslig vern. Om dette uttalte Høyesterett at ”spørsmålet avhenger etter mitt skjønn både av forventningens grunnlag og styrke og av de forhold som førte til at kommunen ikke traff vedtak i samsvar med forventningen.”

⁴² Simonsen (1997) s. 172

⁴³ Simonsen (1997) s. 172

⁴⁴ Simonsen (1997) s. 252-253

⁴⁵ Simonsen (1997) s. 171-176

Jeg ser ingen grunn til å fravike Simonsens utgangspunkt om berettigede forventninger. Det fremstår som velfundert og i samsvar med de hensyn som begrunner lojalitetsplikten. Jeg vil i det følgende bygge på dette.

Partenes berettigede forventninger kan deles inn i ulike typeforventninger. Simonsen har oppstilt fem ulike kategorier; pålitelighetskravet (ansvar for uriktige opplysninger), taushetsplikt (diskresjon), opplysningsplikten (kontraheringsmuligheten), kravet til lojal medvirkning (behandlingsprosedyren) og saklighetskravet (avbruddskriteriene).⁴⁶ Av disse pliktene har jeg funnet det relevant for oppgavens tema å foreta en nærmere gjennomgang av kravet til lojal medvirkning, ansvar for uriktige opplysninger og opplysningsplikten. Jeg har videre funnet det hensiktsmessig å foreta en selvstendig drøftelse av hvorvidt det gjelder et alminnelig prinsipp om forbud mot konkurrerende atferd under forhandlingsfasen.

Til tross for at jeg tar utgangspunkt i Simonsens kategorisering, så har jeg ikke fulgt denne konsekvent. Hvilken merkelapp som skal settes på en type atferd er klart nok meget skjønnsmessig, og slik jeg ser det uten betydning for resultatet.

3.1.2 Utnyttelse av informasjon mottatt i forhandlingsfasen

Spørsmålet her er om A med rimelighet kan forvente at B ikke utnytter informasjonen til å gjennomføre tiltak tilsvarende det som er gjenstand for forhandlinger, eller om A burde være inneforstått med det aktuelle risikobildet.

Utgangspunktet må være at informasjon må kunne gis i tillit til at den benyttes til det forutsatte formål.⁴⁷ Informasjonsutvekslingen er nødvendig for at partene skal kunne ta stilling til om det foreligger et grunnlag for samarbeid. A må kunne forvente at B ikke benytter informasjonen slik han selv finner mest fordelaktig, og fritt snylter på As kunnskap. I motsatt fall foreligger det intet insentiv for A til å gi B informasjon, og fordelaktige samarbeidsprosjekter vil ikke komme i stand. Når det er sagt så kan ikke

⁴⁶ Simonsen (1997) s. 178-179

⁴⁷ Simonsen (1997) s. 386-388

enhver form for informasjonsutnyttelse være rettstridig. Konkurransen i markedet tilsier at aktørene tar etter hverandre, og stadig søker å forbedre seg selv.

Restriksjoner i partenes håndtering av informasjon kan følge av to grunnlag; taushetsplikt (forbud mot spredning av informasjonen) og forbud mot utnyttelse av informasjon i egen virksomhet. Det er sistnevnte tilfelle som er tema for oppgaven.

Spørsmålet om Bs adgang til å utnytte informasjon er ikke særegent for de prekontraktuelle relasjoner. Spørsmålet oppstår også i andre situasjoner. Informasjonsutnyttelsen reguleres av lojalitetsprinsippet, men er ikke nødvendigvis knyttet til partenes forventninger om at kontraktsforhandlingene innledes med det formål å nå frem til en avtale.⁴⁸ Informasjonsutnyttelsen kan selvsagt indikere at B aldri har hatt noen intensjon om å inngå avtale med A, men utnyttelsen i seg selv kan neppe sies å utgjøre et brudd på de såkalte genuine prekontraktuelle plikter.

Spørsmålet er så vidt meg bekjent ikke drøftet i rettspraksis. Juridisk litteratur er dermed det naturlig rettskildemessig utgangspunkt.

Simonsen legger til grunn at utnyttelse av informasjon vanligvis vil være en konkurransehandling som faller inn under markedsføringslovens anvendelsesområde. Deretter drøfter han hva som skal til for at utnyttelsen er rettstridig etter mfl. §§ 28 og 29, eventuelt § 25. Han fremholder at §§ 28 og 29 rammer rettsstridig bruk og uttaler at

”[m]ed dette menes en forføyning over materialet som innebærer et tillitsbrudd, [fotnote utelatt] dvs. at det brukes i strid med de forutsetninger som lå til grunn for ervervssituasjonen.”⁴⁹

Simonsens behandling av spørsmålet indikerer etter min mening to ting; for det første er det tilsynelatende ikke rom for en selvstendig vurdering av informasjonsutnyttelsen på bakgrunn av prekontraktuelt ansvar. Markedsføringsloven §§ 28 og 29, eventuelt supplert med generalklausulen synes å regulere situasjonen uttømmende. Uansett kan

⁴⁸ Simonsen (1997) s. 178

⁴⁹ Simonsen (1997) s. 386-388

det anføres at vurderingen ville ha blitt lik ettersom markedsføringsloven tar hensyn til partenes forutsetninger om hva informasjonene opprinnelig skulle brukes til. For det andre oppfatter jeg det slik at Simonsen legger til grunn at informasjonens art må kvalifisere til vern etter §§ 28 og 29 for at motpartens utnyttelse skal være rettsstridig.

Etter det som her er sagt er det nærliggende å hevde at den prekontraktuelle lojalitetsplikten ikke innebærer begrensninger i Bs adgang til å utnytte knowhow.

En slik konklusjon er imidlertid noe forhastet. Lovligheten av Bs informasjonsutnyttelse kan ikke vurderes uavhengig av de andre aspekter ved Bs handling som gjør seg gjeldende. Forutsatt at A og B er aktører på samme marked innebærer Bs bruk av informasjonen i egen virksomhet en etablering av konkurrerende virksomhet. Bruken er et tiltak som vil kunne redusere det økonomiske utbyttet for A. Det er derfor nærliggende å spørre om lojalitetsplikten setter skranker for Bs adgang til å etablere konkurrerende virksomhet.

3.1.3 Hvilke skranker setter lojalitetsplikten for Bs adgang til å foreta konkurransehandlinger under pågående forhandlinger?

Spørsmålet her er om B, parallelt med forhandlingene med A, kan iverksette virksomhet som er i direkte konkurranse med det partene forhandler om.

Når partene står i et kontraktsforhold er utgangspunktet at partene ikke skal konkurrere med hverandre. Det kan trekkes et skille mellom ansettelsesforhold og andre kontraktsforhold. Konkurrerende atferd fra arbeidstager under ansettelsesperioden har vært oppe til behandling for domstolene gjentatte ganger, og den klare hovedregel er at en slik atferd leder til ansvar.⁵⁰ Den sentrale dommen på området er Rt. 1990 side 607.

Saken gjaldt arbeidsgivers krav om erstatning for tap som følge av illojal opptreden i forbindelse med at administrerende direktør og systemsjefen sa opp sine stillinger i selskapet, og deltok i stiftelsen av et konkurrerende selskap. Høyesterett la til grunn at

⁵⁰ Lunde (2001) s. 366

det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold, og uttalte i den forbindelse at

”det må være helt klart at de [administrerende direktør og systemsjef] ikke hadde adgang til å opptre i strid med arbeidsgiverens interesser med henblikk på å fremme egne næringsinteresser.”

For kontraktsforhold som ikke er ansettelsesforhold har vi ingen klare høyesterettsavgjørelser som etablerer en hovedregel, men det er i teorien lagt til grunn at det også her eksisterer en alminnelig rettsgrunnsetning om at kontraktspartene ikke skal konkurrere med hverandre. Unntak fra dette prinsippet krever hjemmel i lov, avtale, må være underforstått mellom partene eller følge av etablert praksis. Konkurransen som er i direkte strid med avtalens formål representerer et kontraktsrettslig mislighold.⁵¹ Standpunktet er gjengitt i blant annet LB-2003-8737.

Spørsmålet er om det kan oppstilles en tilsvarende hovedregel der partene står i et forhandlingsforhold.

For det første følger det av Rt. 2010 side 1478 at ”den lojalitetsplikt som gjelder mellom partene i et kontraktsforhold, også kan komme inn før endelig avtale er inngått.” Mot å oppstille en tilsvarende hovedregel kan det imidlertid innvendes at drøftelsen av lojalitetspliktens innhold beror på en konkret vurdering, og det foreligger vesentlige momenter som skiller den prekontraktuelle fase fra den kontraktuelle.

I ansettelsesforhold jobber arbeidstaker for arbeidsgiver. Det foreligger en ansettelseskontrakt som forplikter arbeidstaker til å fremme arbeidsgivers interesser. Et slikt utgangspunkt kan ikke oppstilles for alminnelige kontraktsforhandlinger, hvor partene som hovedregel står fritt til å fremme sine egne interesser.

I kontraktsforhold foreligger det en rettslig bindende forpliktelse. Partene har blitt enige om en bestemt aktivitet – kontrakten. Kontrakten fjerner noe av den usikkerhet som følger av den alminnelige risiko. Partene har gitt eksplisitt uttrykk for at de er forpliktet

⁵¹ Lunde (2001) s. 392, se også Kjøttvedgaard (1965) s. 276

til å jobbe sammen mot et felles mål. Denne graden av bundethet gjør seg i klart mindre grad gjeldende for de prekontraktuelle forhold.

Jori Munukka fremholder at det i nordisk rett finnes

”skillnader mellan den prekontraktuella och den kontraktuella lojalitetsplikten. Den prekontraktuella lojalitetsplikten är vagare och svagare. [fotnote utelatt] Den prekontraktuella lojalitetsplikten lämnar helt klart större utrymme för spekulatión och opportúnism.[fotnote utelatt]”⁵²

Etter det som er sagt her er det etter min oppfatning ikke grunnlag for å oppstille en hovedregel mot iverksettelse av konkurrerende virksomhet i forhandlingsfasen på bakgrunn av en slutning fra det som gjelder i kontraktsforhold. Det må foretas en konkret vurdering av lojalitetspliktens innhold for de prekontraktuelle situasjoner.

Virksomhet i direkte konkurranse med forhandlingsgjenstanden indikerer at Bs intensjon om avtaleinngåelse aldri var tilstede eller er bortfalt underveis. B har ingen interesse i å samarbeide med A om et prosjekt når han allerede har iverksatt dette. Bs atferd er således i strid med As grunnleggende forventning om at forhandlingene føres med det mål å nå frem til en avtale.

Det kan vanskelig tenkes at B inngår forhandlinger med A for moro skyld. Mer praktisk er de situasjoner der B inngår forhandlinger med A for å oppnå konkurransefordeler. Forhandlinger om samarbeid medfører for det første en betydelig grad av informasjonsutveksling. B vil få tilgang til verdifull informasjon, som det forutsetningsvis ville ha vært mer tidkrevende eller umulig å finne frem til på egenhånd. En slik ”høsting” av As arbeid kan innebære en betydelig konkurransefordel for B. Videre vil B kunne dra fordel av at A i sin tro på samarbeidet investerer ressurser i dette, uten å undersøke muligheten for å utvikle prosjektet på egenhånd, eller i samspill med andre aktører. B kan på denne måten oppholde A, og sikre seg selv best mulig posisjon på markedet.

⁵² Munukka (2007) s. 431

As forventning om at forhandlinger skjer med det mål å oppnå en avtale er utvilsomt beskyttelsesverdig.

Til støtte for dette synspunktet kan det anføres at tilsvarende følger av UNIDROIT Principles art. 2.1.15, som regulerer "Negotiations in Bad Faith". Artikkelen tar utgangspunkt i prinsippet om avtalefrihet, og friheten til å beslutte om avtale skal inngås. Det følger imidlertid av artikkelens annet ledd at denne friheten ikke gjelder ubegrenset; "However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party." Som eksempel på "negotiations in bad faith" nevnes uttrykkelig "to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party", jf. art. 2.1.15 (3).

Artikkel 2.1.15 er et utslag av prinsippet om "good faith and fair dealing" som følger av art. 1.7. Det følger av kommentaren til art. 1.7 at dette prinsippet er et av de mest grunnleggende i UNIDROIT Principles.

Etter min mening er det grunnlag for å oppstille en hovedregel om at iverksettelse av konkurrerende virksomhet under forhandlingsfasen er i strid med lojalitetsplikten som gjelder i den prekontraktuelle fase, da iverksettelsen indikerer at det ikke forligger noen intensjon om avtaleinngåelse.

Mer tvilsomt er det om tilsvarende kan gjelde for parallellforhandlinger. Situasjonen her er at B ikke har iverksatt konkurrerende virksomhet, men forhandler med tredjemann om å gjøre det.

Simonsen hevder det "synes (...) rimelig klart at det ikke eksisterer en generell plikt til å føre eksklusivforhandlinger."⁵³ Han begrunner dette med at

"[a]ldgangen til å utnytte konkurransen mellom næringsdrivende er en så fundamental bestanddel av markedsmekanismen, at denne retten normalt ikke vil bli ansett beskåret ved å innlede forhandlinger om en kontrakt."⁵⁴

⁵³ Simonsen (1997) s. 222

Woxholt er noe mer reservert i sitt standpunkt, og viser til at en plikt til å føre eksklusivforhandlinger kan følge av bransjepraksis og kutymer. Han oppstiller likevel en hovedregel om at parallellforhandlinger ikke pådrar prekontraktuell ansvar.⁵⁵

Når det gjelder ansettelsesforhold er det i rettspraksis langt til grunn at arbeidstakeren har frihet til å *forberede* overgang til konkurrerende virksomhet, jf. blant annet Rt. 1990 side 607 og Rt. 1960 side 371.

Det må slik jeg ser det legges vekt på at ved parallellforhandlinger kan det ikke trekkes den slutning at Bs forhandlinger med A er formålsløse. Det foreligger fremdeles en mulighet for at B vil inngå avtale med A. As forventning om eksklusivforhandlinger kan som utgangspunkt ikke anses for å være berettiget, og kan derfor ikke begrunne et inngrep i Bs handlefrihet.

3.1.4 Kravet til lojal medvirkning

En forutsetning for at kontraheringsforsøket skal lykkes, er at partene i rimelig utstrekning medvirker til løsninger. A må kunne forvente at B foretar en forsvarlig behandling av de utspill han kommer med. Medvirkningsplikten innebærer først og fremst at partene skal gi forsøket en reell sjanse.⁵⁶

En slik plikt kan utledes fra Rt. 1992 side 1110 Stiansen-dommen. Hovedspørsmålet i saken var hvorvidt avtale inngått i oktober 1987 var å anse som en bindende avtale mellom Stiansens Entreprenørforretning A/S (heretter Stiansen) og OBOS om oppføring av boligblokk med 39 eldreboliger. Høyesterett kom til at avtalen ikke innebar en slik forpliktelse, og la særlig vekt på at det ikke var avtalt noe om pris.

Det interessante ved avgjørelsen i dette henseende er Høyesteretts obiter-uttalelse om at

⁵⁴ Simonsen (1997) s. 222

⁵⁵ Woxholt (2009) s. 206

⁵⁶ Simonsen (1997) s. 207

”[o]ktober-avtalen må innebære en forutsetning om at OBOS lojalt vurderer de pristilbud som Stiansens fremsetter, og eventuelt gjennom forhandlinger medvirker til en løsning av uløste spørsmål.”

En bør imidlertid være tilbakeholden med å legge for mye i denne uttalelsen. For det første er det en obiter-uttalelse uten betydning for sakens resultat. Videre synes Høyesterett å legge betydelig vekt på den såkalte ”oktober-avtalen”. Til tross for at denne ikke ble ansett for å innebære en rett til å oppføre boligblokken, så fant Høyesterett at avtalen

”legger opp til et samarbeid mellom partene som er bindende så langt den rekker, idet avtalen langt på vei inneholder presise formuleringer om de plikter som partene påtar seg.”

Partene i denne saken hadde kommet meget langt i forhandlingsprosessen, og til en viss grad gitt uttrykk for det videre samarbeid gjennom avtale. Slik jeg ser det er det ikke tvilsomt at dette forholdet har hatt betydning for rettens vurdering av plikten til lojal medvirkning.

Rt. 1995 side 543 bekrefter dette ytterligere. Saken gjaldt spørsmålet om det var inngått rettslig bindende avtale mellom Selsbakkehøgda Borettslag og entreprenørselskapet Brandhaug og Jakobsen AS om restaureringsarbeider på 18 boligblokker. Høyesterett kom til at avtalen kun omfattet en boligblokk, men gikk deretter over til å vurdere om avtalen kunne innebære rettslige forpliktelser utover dette.

Ved vurderingen viser retten til såkalte intensjonsavtaler som kan medføre at partene ikke fritt kan trekke seg ut av forhandlingene. I forlengelsen av dette gir den sin tilslutning til obiter-uttalelsen i Rt. 1992 side 1110.

Høyesterett kommer til at

”[d]en foreliggende sak har elementer som kan ha betydning under en slik synsvinkel. Så uformelt og løst som dette har kommet til uttrykk her, viker jeg imidlertid tilbake for å legge til grunn at partene er bundet på en slik måte.”

Etter disse avgjørelsene er det nærliggende å hevde at det eksisterer en medvirkningsplikt, men at partene må ha gått langt i formalisere samarbeidet – tilnærmet en intensjonsavtale – før brudd på denne leder til ansvar.

Konkurrerende atferd kan indikere at denne medvirkningsplikten ikke er oppfylt.

3.1.5 Informasjonsansvaret

Informasjonsansvaret er ansvar for uriktige opplysninger. Ansvar kan gjøres gjeldende dersom det under forhandlingsfasen gis uriktig opplysninger, og dette fører til tap for en av partene.

Et grunnleggende vilkår for ansvar er at det positivt er gitt en opplysning. Villedning som følge av manglende opplysninger faller ikke inn under denne ansvarsformen.

Relevant for oppgavens problemstilling er opplysninger fra B som forleder A til å tro at bindende avtale er sluttet, eller at sannsynligheten for kontraktsinngåelse er sterkere enn det som faktisk er tilfellet. Spørsmålet er om As uriktige forventninger om sannsynligheten for kontraktsinngåelse er vernet.

Det er ikke Bs konkurrerende atferd i seg selv, men villedningen av A som etter omstendighetene kan være erstatningsbetingende.

Informasjonsansvaret har tradisjonelt blitt drøftet som et eget typetilfelle innenfor spørsmålet om erstatning for rene formuestap. Temaet savner prinsipielle uttalelser i domspraksis, men har vært gjenstand for diskusjon i juridisk teori.⁵⁷

I dag synes det å være enighet i juridisk teori om at spørsmålet om erstatning for de rene formuestap generelt må avgjøres på bakgrunn av en konkret vurdering av den krenkede interesses art, og hvorvidt denne nyter erstatningsrettslig vern eller ikke.⁵⁸

⁵⁷ Hagstrøm (1989) og Hjelmeng (2007)

⁵⁸ Hjelmeng (2007) s. 172

Utgangspunktet for vurderingen er læren om berettigede forventninger; forventningens grunnlag og styrke. Denne læren bygger særlig på Høyesteretts uttalelser i Rt. 1981 side 462, og underbygges av synspunktene i Rt. 1991 side 1335, Rt. 2001 side 1062, Rt. 2006 side 1519, Rt. 2007 side 425.⁵⁹

Hagstrøm har presisert innholdet av skadelidtes berettigede forventninger nærmere, og oppstiller følgende vilkår;

”[a]vgiveren kan således hefte for opplysningene når han burde forstå at skadelidte legger særlig vekt på dem, og utsagnet de fremgår av både når det gjelder innhold, utforming og fremsettelse er slik at skadelidte med grunn mener å kunne bygge på det og disponere i tillit til det. For å pålegge ansvar må villedelsen dessuten være uaktsom. Mellom disse prinsipielt atskilte vilkårene vil det åpenbart være en sammenheng. Jo større grunn skadelidte har til å innrette seg etter informasjonen, jo strengere blir avgiverens ansvar for at den er riktig.”⁶⁰

Det er i teorien antatt at informasjonsansvaret står særlig sterkt i kontraktslignende forhold.⁶¹ Synspunktet har sin begrunnelse i det tillitsforhold som gjelder mellom partene.

Et forhold som kan tale mot å pålegge informasjonsansvar er når skadevolder må utgi en stor mengde informasjon, og det er vanskelig å sikre seg mot feil, jf. Rt. 2007 side 425. Dette vil typisk være tilfellet ved generell informasjon til markedet. I den situasjon oppgaven har for øyet er det imidlertid tale om informasjon som gjelder den ene parts kontraheringsvilje, og som formidles direkte til den annen part. Det er ikke tvilsomt at A i disse tilfellene må kunne forvente at den informasjon han mottar er korrekt.

Vilkårene for informasjonsansvar stiller krav til informasjonens innhold. Der den fremstår som usikker kan det vanskelig pålegges ansvar. Videre må den være

⁵⁹ Hjelmeng (2007) s. 172

⁶⁰ Hagstrøm (1989) s. 209-210

⁶¹ Simonsen (1997) s. 181

motiverende for As atferd.⁶² Når informasjonen gjelder mulighetene for kontraktsinngåelse må det være klart at denne er motiverende for As atferd.

Rt. 2010 side 1478 inneholder uttalelser av interesse for informasjonsansvaret. Saken gjaldt spørsmål om bindende avtale var inngått, og spørsmål om virkningen av anført brudd på lojalitetsplikten i den prekontraktuelle fase.

Morten Aadalen og de tre ankemotpartene hadde inngått forhandlinger om samlet å gå til innkjøp av en tomt, og bygge garasjer på denne. Aadalen inngikk imidlertid avtale med tomteeieren om å kjøpe tomten alene.

Høyesterett kom til at det ikke forelå bindende avtale om felles tomtekjøp. Når det gjaldt spørsmålet om det forelå brudd på lojalitetsplikten i den prekontraktuelle fase kom Høyesterett til at det var atskillig som trakk i retning av at det forelå illojal opptreden, og uttalte i den forbindelse at

”[j]eg tar som utgangspunkt for denne vurderingen at Aadalen klart hadde tilkjennegitt sin interesse for å delta i prosjektet, og at han kort tid etter å ha forespeilet ankemotpartene at han ville innhente råd fra sin far som var byggmester, gikk ’bak ryggen på’ dem og ervervet tomten alene.”

Retten tok ikke stilling til om Aadalens tilkjennegivelse av sin interesse for å delta i prosjektet overfor ankemotpartene faktisk medførte brudd på prekontraktuelle plikter, da den kom til ankemotpartenes krav om å få tomten overført til seg uansett ikke kunne føre frem (se mer om dette i punkt 4.2.5). Dommen viser imidlertid etter min mening at Høyesterett legger betydelig vekt på om det foreligger villedning av kontraheringsparten om muligheten for kontraktsinngåelse ved lojalitetsvurderingen.

Det er etter dette ikke tvilsomt at uriktig informasjon vedrørende kontraheringsmuligheten konstituerer brudd på de prekontraktuelle plikter.

⁶² Simonsen (1997) s. 181

3.1.6 Opplysningsplikt

3.1.6.1 Problemstilling

Opplysningsplikten innebærer en plikt for den ene parten til å gi opplysninger til den andre parten. Der As forventninger ikke er i samsvar med de faktiske forhold, kan B etter omstendighetene pålegges en plikt til å bringe A ut av hans villfarelse. Det ansvarsbetingende ved handlingen er Bs unnlatelse av å korrigere As villfarelse.

Spørsmålet her er om B kan pålegges en plikt til å varsle A om sin konkurrerende atferd.

Den klare hovedregel i norsk rett er at det ikke eksisterer en generell opplysningsplikt. Utgangspunktet er at hver av kontraktspartene har risikoen for egne forventninger og forutsetninger. Opplysningsplikt foreligger kun der det ville være uredelig å forholde seg taus.⁶³

Opplysningsplikten har sitt grunnlag i lovbestemmelser i kontraktslovgivningen, avtaleloven § 33 og det ulovfestede lojalitetsprinsippet.⁶⁴ Opplysningsplikten i den prekontraktuelle fase hjemles i det ulovfestede lojalitetsprinsippet. Ved vurderingen av dens nærmere innhold er det naturlig å ta utgangspunkt i opplysningsplikten i avtaleretten og kontraktsretten.

I avtaleretten er opplysningsplikten hovedsaklig utviklet gjennom juridisk teori med forankring i avtaleloven § 33. For kontraktsrettens vedkommende følger plikten til å opplyse om egenskaper ved kontraktsgjenstanden av en rekke lovbestemmelser, jf. blant annet kjøpsloven § 19 første ledd, bokstav a, forbrukerkjøpsloven § 16 første ledd, bokstav b og avhendingslova § 3-7.

⁶³ Hagstrøm (2004) s. 141 og Nazarian (2007) s. 359

⁶⁴ Nazarian (2007) s. 359

En må kunne legge til grunn at opplysningsplikten som følger av henholdsvis avtaleretten og kontraktsretten er innholdsmessig lik, og jeg vil i det følgende ta utgangspunkt i sistnevnte.⁶⁵

Opplysningsplikten i kontraktsretten er konsentrert rundt spørsmålet om selgers manglende opplysninger om egenskaper ved kontraktsgjenstanden. Der det foreligger misligholdt opplysningsplikt fastsettes innholdet av kontraktsytelsen i samsvar med realdebitors forventninger, jf. blant annet kjøpsloven § 19 (1) b. I den prekontraktuelle fase verner ikke opplysningsplikten partenes forventninger til innholdet av kontrakten. Den sentrale forventning i denne fasen er forutsetningen om at begge parter innleder kontraktsforhandlingene med det mål å nå frem til en avtale. Spørsmålet blir derfor i hvilken grad partene plikter å opplyse om forhold som truer muligheten for avtaleinngåelse. Til tross for denne ulikheten i opplysningsgjenstand, har momentene fra kontraktsretten, etter min mening, betydelig overføringsverdi. Det grunnleggende spørsmål er fremdeles det samme; hvilke forhold er det klanderverdig ikke å opplyse om?

3.1.6.2 Opplysningspliktens innhold

Etter kjøpsloven § 19 (1) b foreligger det en mangel ved ytelsen når

”selgeren ved kjøpet har forsømt å gi opplysning om *vesentlige forhold* ved tingen eller dens bruk som han *måtte kjenne til* og som kjøperen *hadde grunn til å rekne med å få*, såframt unnlatelsen kan *antas å ha innvirket på kjøpet*” [mine uthevninger].

De vilkår som her er oppstilt er gjennomgående i kontraktsretten, jf. blant annet forbrukerkjøpsloven § 16 (1) b) og avhendingslova § 3-7.⁶⁶

Vilkårene for opplysningsplikt inneholder både objektive og subjektive elementer.

⁶⁵ Hagstrøm (2004) s. 136

⁶⁶ Hagstrøm (2004) s. 141

Kravene om skyld og ”innvirket på kjøpet” vil normalt være oppfylt når det gjelder forhold som truer kontraktsinngåelsen. B forutsettes å være kjent med omstendighetene rundt sin egen kontraheringsvilje, og muligheten for kontraktsinngåelse vil formodentlig være motiverende for As atferd under forhandlingsfasen.

Vilkåret om ”vesentlige forhold” må for den prekontraktuelle fase forstås som et spørsmål om hvor stor sannsynlighet det er for at avtale ikke kommer i stand. Hvor det er på det rene at avtale er utelukket er vilkåret utvilsomt oppfylt. Fra dette ytterpunktet skjer det en glidende overgang mot de tilfeller der intensjonen om avtaleslutning hos den relevante part helt klart er til stede. Hvor grensen skal trekkes er det vanskelig å si noe sikkert om. Etter min mening bør det antakelig kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for at avtale ikke kommer i stand før vilkåret kan anses oppfylt. Dette følger for det første av uttrykket ”vesentlig”, og for det andre er normalsituasjonen ved kontraktsforhandlinger at det alltid foreligger en risiko for forhandlingshavari.

Videre må det være tale om tilbakeholdelse av opplysninger motparten ”hadde grunn til å rekne med å få”. Vilkåret innebærer en vurdering av hvilke opplysninger det vil være klanderverdig å holde tilbake. Ved vurderingen må det ses hen til motpartens beskyttelsesverdige eller berettigede forventninger.⁶⁷ For den prekontraktuelle fase betyr dette at en først må klarlegge hvilke omstendigheter som truer med å velte kontraheringsforsøket, og deretter vurdere om disse omstendighetene er i strid med det som naturlig eller normalt ville ha blitt utledet av den prekontraktuelle situasjonen. Spørsmålet blir således om A var, eller burde ha vært, inneforstått med det aktuelle risikobildet i kontraheringssituasjonen.⁶⁸

For det første er det klart at A forventes å være kjent med det såkalte alminnelige risikobildet.⁶⁹ Det vil ikke være tale om en svikt i berettigede forventninger der omstendighetene som velter kontraheringsforsøket kan tilskrives den alminnelige risiko.

⁶⁷ Nazarian (2007) s. 372

⁶⁸ Simonsen (1997) s. 172

⁶⁹ Simonsen (1997) s. 199-201

Disse forhold må forutsettes å være synbare for A, og det kan ikke pålegges B noen plikt til å opplyse om disse.

Ved kontraktsforhandlinger vil det alltid foreligge en risiko for forhandlingshavari. Dette følger av partenes posisjon som aktører på et forutsetningsvis konkurranseutsatt marked. Det er ikke tvilsomt at partene kan avslutte forhandlinger på bakgrunn av forretningsmessige vurderinger av markedsforholdene uten å måtte opplyse motparten om de relevante markedsforhold. Som eksempel kan nevnes der B forhandler om å kjøpe et større fraktskip av A, men hvor det under forhandlingene skjer et betydelig fall i skipsfraktmarkedet, og det ikke lenger vil være lønnsomt for B å kjøpe skipet. B kan fritt trekke seg fra forhandlingene uavhengig av om han har opplyst A om muligheten for forhandlingshavari som følge av konjunktursvingninger. Dette er forhold som må forutsettes å være kjent for A.

På den andre siden har vi de forhold som utvilsomt medfører opplysningsplikt. Det klareste tilfellet er der den ene part ikke har noen intensjon om avtaleslutning. Når interessen for kontrakt tapes, uavhengig av om B aldri har hatt seriøse intensjoner eller interessen tapes underveis, skal det varsles.⁷⁰ Ved formålsløse forhandlinger skjer det en bevisst skadetilføyelse fra Bs side, og det er klart nok en berettiget forventning fra As side at slik atferd ikke finner sted. Dette er en forutsetningsbrist som ikke vil være synbar for A, ettersom han ikke har innsikt i Bs kontraheringsvilje.

3.1.6.3 Plikt til å opplyse om konkurrerende atferd?

Jeg har tidligere konkludert med at Bs iverksettelse av konkurrerende virksomhet i den prekontraktuelle fase som hovedregel er illojalt. Begrunnelsen for dette er Bs manglende intensjon om avtaleinngåelse. Det må være klart at B har en plikt til å opplyse A om iverksettelsen av konkurrerende virksomhet.

⁷⁰ Simonsen (1997) s. 196

Hvorvidt B har plikt til å underrette A om parallellforhandlinger er mer tvilsomt. Jeg har tidligere konkludert med at parallellforhandlinger ikke er illojalt, spørsmålet her er om B likevel har en plikt til å opplyse A om at han ikke er den eneste.

Det kan anføres at opplysningsplikten vil miste mye av sitt innhold i den prekontraktuelle fase dersom den kun omfatter forhold som allerede kvalifiserer til illojal atferd.

Det første spørsmålet som må besvares er hvor stor sannsynligheten er for at parallellforhandlingene skal velte spillet. Videre må det tas stilling til om A er, eller burde være, kjent med den risiko parallellforhandlingene representerer.

Begrepet parallellforhandlinger omfatter all prekontraktuell kontakt med tredjemann. Kontakten kan variere i alt fra uoppfordrede innspill fra tredjemann, aktiv oppsøking fra B selv og til langt fremskredene forhandlinger.

Uoppfordrede konkurrerende innspill fra tredjemann er den laveste form for prekontraktuell kontakt. En kan spørre seg om grensen for forhandlinger overhode er overskredet. Sannsynligheten for kontraheringsmuligheten påvirkes ikke i nevneverdig grad. Konkurrerende innspill fra tredjemann er klart nok en del av det alminnelige risikobildet. Konkurransen i markedet medfører nødvendigvis at andre aktører både ønsker, og bør gis muligheten til å erobre fordelaktige kontrakter. En annen sak er at Bs opplysning om tredjemanns innspill gir A muligheten til å vurdere markedsmessigheten av sitt eget, og eventuelt imøtegå tredjemann. Det vil imidlertid føre for langt å pålegge B en opplysningsplikt på denne bakgrunn. A må selv ha risikoen for hvorvidt hans innspill er i takt med markedet forøvrig.

Dersom B selv aktivt oppsøker tredjemann kan det være større grunn for rettsordenen til å gripe inn. Det fremstår som nokså klart at jo fler B velger å kontakte for forhandlinger, jo mer svekkes sannsynligheten for kontraktsinngåelse med A. Når det er sagt så kan det vanskelig hevdes at en slik atferd innebærer en forventningsbrist for As del. A kan ikke med rette forvente at B isolerer seg helt fra markedet utenfor. Det er også grunn til å trekke inn Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1960 side 371. Retten

kom her til at en rent forberedende forespørsel fra arbeidstaker om selvstendige oppdrag fra arbeidsgivers oppdragsgiver ikke var illojalt overfor arbeidsgiver. Forholdet til arbeidstakers opplysningsplikt ble overhode ikke vurdert, til tross for at han hadde forholdt seg helt taus overfor arbeidsgiver.

Ved langt fremskredene parallellforhandlinger er det mye som taler for å pålegge B en opplysningsplikt. Forholdet medfører en vesentlig risiko for forhandlingshavari mellom A og B. På den annen side kan det hevdes at A må være forberedt på langt fremskredene forhandlinger med tredjemann. Det skjer som følge av konkurransen på markedet, og B bør stå fritt til å sammenligne tilbud og gjennomføre de forhandlinger han mener er nødvendige for å kunne foreta en forretningsmessig velfundert beslutning. En plikt til å opplyse A om parallellforhandlinger innebærer imidlertid ikke et særlig sterkt inngrep i Bs handlingsfrihet. Det nedlegges intet forbud mot Bs atferd, kun en plikt til å bringe atferden frem i lyset. Ved vurderingen bør det også legges vekt på forhandlingsklimaet mellom A og B. Er dette preget av åpenhet, eller har partene hele veien holdt kortene tett til brystet? Videre kan partenes bruk av ressurser være et moment. Der A har investert store beløp kan dette gi en indikasjon på at hans forventning om avtaleinngåelse er særlig sterk. Det kan etter forholdene senke terskelen for Bs opplysningsplikt. Dette synspunktet må imidlertid ikke trekkes for langt, ettersom hovedregelen fremdeles er at A har risikoen for sine forventninger.

Etter min mening bør det legges avgjørende vekt på risikoen for forhandlingshavari og det forhold at opplysningsplikten innebærer et svakt inngrep i Bs handlingsfrihet. Det er derfor mye som taler for at terskelen for ansvar ved manglende tilkjenneivelse av langt fremskredene forhandlinger med tredjemann bør være relativt lav.

3.2 Markedsføringsloven § 25

3.2.1 "God forretningsskikk"

Problemstillingen her er hvilke grenser markedsføringsloven § 25 setter for utnyttelse av informasjon mottatt i den prekontraktuelle fase.

Bestemmelsen lyder som følger: ”[i] næringsvirksomhet må det ikke foretas handling som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom.”

Det er på det rene at den omfatter utnyttelse av informasjon mottatt i den prekontraktuelle fase, se punkt 2.3. Hvorvidt utnyttelsen er rettstridig eller ikke beror på en vurdering av om utnyttelsen er i strid med ”god forretningsskikk”.

§ 25 betegnes gjerne som generalklausulen, og gir uttrykk for en såkalt rettslig standard. Den gir ingen føringer på hva som ligger i begrepet ”god forretningsskikk”. Innholdet må søkes klarlagt gjennom forhold utenfor bestemmelsen selv.⁷¹

”God forretningsskikk”-standarden inneholder et dynamisk element, og sikrer at bestemmelsens innhold kan tilpasses skiftende samfunnsforhold og fange opp atferd som etter den til enhver tid rådende rettsoppfatning anses som uakseptabel.⁷²

Rt. 1998 side 1315 gir prinsipielle uttalelser om innholdet av begrepet ”god forretningsskikk”. Dommen er avsagt under dissens 3-2. Dissensen gjelder imidlertid den konkrete anvendelsen av generalklausulen, og ikke det rettslige utgangspunktet.

Rettens flertall fremholder at ”god forretningsskikk”-standarden verner ”om lojaliteten i næringslivet, og henviser til en alminnelig lojalitetsvurdering.” Når det gjelder den konkrete vurdering tar retten utgangspunkt i at vilkåret om ”god forretningsskikk” skal bidra til å sikre sunn konkurranse innen næringslivet. Retten legger til grunn at det må foretas en interesseavveining mellom hensynet til fri konkurranse og behovet for å hindre at noen skal kunne snylte på andres innsats (se særlig mindretallets votum på dommens side 1327).

Etter dette vil det ved spørsmål om hvilke grenser mfl. § 25 setter for utnyttelse av informasjon mottatt under forhandlingsfasen være riktig å ta utgangspunkt i en

⁷¹ Løchen (2003) s. 36-37

⁷² Løchen (2003) s. 37

lojalitetsvurdering. Det må foretas en interesseavveining mellom hensynet til fri konkurranse og behovet for vern mot snylting.

Med dette som utgangspunkt må det videre undersøkes om forholdet mellom generalklausulen og markedsføringslovens spesialbestemmelser kan medføre begrensninger i den lojalitetsvurderingen som generalklausulen gir anvisning på.

Mfl. §§ 28 og 29 inneholder spesialbestemmelser om utnyttelse av informasjon; henholdsvis bedriftshemmeligheter og tekniske hjelpemidler. Jeg har i punkt 1.3 forutsatt at den informasjon B mottar ikke kvalifiserer til vern etter disse bestemmelsene. Dette reiser problemstillingen om utnyttelse av knowhow likevel nyter vern etter generalklausulen.

Forarbeidene til 1972-loven inneholder generelle uttalelser om forholdet mellom generalklausulen og spesialbestemmelsene. Ved spørsmål om generalklausulen kan supplere spesialbestemmelsene legger forarbeidene til grunn at det ”kommer an på en tolkning av vedkommende spesialparagraf om den har avgjort noe om det tilfelle som foreligger. Og hvis svaret er nei, kan generalklausulen gripe inn.”⁷³ Tilsvarende forståelse følger av Høyesteretts avgjørelser i Rt. 1995 side 1908 og Rt. 1998 side 1315.

I Rt. 1998 side 1315 uttalte Høyesterett følgende:

”generalklausulen supplerer spesialbestemmelsene i markedsføringsloven og andre lover av konkurranserettslig betydning. Generalklausulen kan anvendes uavhengig av om tilfellet saklig sett også reguleres av en spesialbestemmelse.

Dette reiser spørsmålet om når generalklausulen kan anvendes i slike tilfeller. Etter min vurdering må dette avgjøres konkret. Vurderingstemaet vil primært være om det foreligger elementer i saken som ikke fanges opp av vedkommende spesialbestemmelse, og som hensynet til sunn konkurranse tilsier bør gis et vern som går ut over det som følger av spesialbestemmelsen. I denne sammenheng er det et sentralt moment i hvilken utstrekning spesialbestemmelsen kan anses uttømmende å regulere den aktuelle situasjonen, jf Innstilling fra Konkurranselovkomiteen, avgitt 1966 side 23-24.”

⁷³ Innstilling fra konkurranselovkomiteen s. 24

Når lovgiver i mfl. §§ 28 og 29 stiller krav til informasjonens art er det nærliggende å tolke dette som en uttømmende regulering av hvilken type informasjon som nyter vern mot utnyttelse etter markedsføringsloven. Spesialbestemmelsene vil miste mye av sitt innhold dersom generalklausulen uforbeholdent kan anvendes på forhold disse slipper fri.⁷⁴ Ved spørsmål om utnyttelse av knowhow mottatt under forhandlingsfasen nyter vern etter generalklausulen må det derfor foreligge kritikkverdige omstendigheter utover bare det å utnytte motpartens informasjon.⁷⁵ Spørsmålet blir dermed om det at utnyttelsen gjelder informasjon som er mottatt i forbindelse med forhandlinger om samarbeid, utgjør en kritikkverdig omstendighet. Dersom partenes forhandlingsforhold er uten betydning for ”god forretningsskikk”-vurderingen har jeg vanskelig for å se at generalklausulen gir A vern mot informasjonsutnyttelse utover det som følger av mfl. §§ 28 og 29.

Jeg skal derfor i det følgende undersøke om det kan oppstilles generelle retningslinjer for når prekontraktuelle forhold eventuelt er av betydning, hvilke krav som stilles til kontakten og hvilken vekt den tillegges ved spørsmålet om utnyttelse av informasjon er i strid med ”god forretningsskikk”.

3.2.2 Utnyttelse av informasjon mottatt under forhandlingsfasen

Spørsmålet her er om det kan oppstilles generelle retningslinjer for betydningen av partenes forhandlingsforhold ved spørsmålet om informasjonsutnyttelsen er i strid med ”god forretningsskikk”.

Rt. 1959 side 712 gjaldt krav om erstatning som følge av utilbørlig konkurranse ved etterlikning og salg av et reklameskilt, jf. lov om utilbørlig konkurranse av 1922 § 1.

En norsk forretningsmann forhandlet med et svensk firma om eneretten for Norge til et reklameskilt. Forhandlingene førte ikke frem. Nordmannen produserte deretter nøyaktig

⁷⁴ Irgens-Jensen (2010) s. 84

⁷⁵ Irgens-Jensen (2010) s. 86-87

kopier av skiltet, og videresolgte disse. Høyesterett kom til at dette var ”utilbørlig”, og la avgjørende vekt på hvorledes nordmannen hadde ”kommet over” skiltet. Høyesterett sluttet seg i det vesentlige til lagmannsrettens vurdering, som uttalte følgende:

”[d]et vesentlige er imidlertid at Thidemansen [nordmannen] ikke var kommet over skiltet ved noen tilfældighet, men i forbindelse med forhandlinger om overtagelse av produksjon og salg av det komplette skilt, og at det måtte være en selvsagt forutsetning at han ikke foretok seg noe som kunne ødelegge eller redusere A/B Detaljisttjänsts [det svenske firmaet] muligheter i Norge.”

Lagmannsretten la videre vekt på at

”Thidemansen hadde i 1950/51 ingen grunn til å anta at A/B Detaljisttjänst ikke hadde søkt kontakt med andre enn ham eller at man hadde oppgitt å vinne innpass på det norske marked. (...) Avgjørende for utilbørlighetskarakteristikken blir den samlede vurdering av Thidemansens opptreden på bakgrunn av den situasjon som forelå, og lagmannsrettens flertall er enig med byretten i at et av de forhold som sterkest springer i øynene, er at han overhodet ikke ga A/B Detaljisttjänst noen meddelelse om sin hensikt.”

Det er klart at Høyesterett her legger betydelig vekt på den prekontraktuelle kontakten mellom partene ved ”god forretningsskikk”-vurderingen. I sin begrunnelse trekker retten frem svikten i det svenske firmaets forutsetninger for forhandlingene og Thidemansens manglende tilkjennegivelse av sin hensikt. Selv om retten ikke benytter terminologien, så kan dette oppfattes som en henvisning til brudd på typisk prekontraktuelle plikter.

Lassen hevder dommen er et glimrende eksempel på at

”[n]æringsdrivende som står i kontraktsforhold med hverandre, eller har gjort det, eller forhandler om å gjøre det, må vise større hensyn enn den utenforstående. Den som er blitt vist tillit, får en særlig plikt til å vise hensyn.”⁷⁶

Dette synspunktet er senere gjentatt i Rt. 1997 side 199.

⁷⁶ Lassen (1988) s. 5

Rt. 1997 side 199 gjaldt blant annet spørsmål om erstatning for bruk av tegninger og teknologi ved utviklingen av et skip. Dommen er avsagt under dissens 3-2, og bærer i stor grad preg av å være en konkret vurdering. Dens rettskildemessige betydning er dermed begrenset. Dommen gjelder et forutgående avtaleforhold, og ikke forhandlingsforhold. Jeg mener likevel den er av interesse for spørsmålet om betydningen av at informasjonen er mottatt under forhandlingsfasen ved vurderingen av om informasjonsutnyttelsen er i strid med ”god forretningsskikk”. Jeg vil i det følgende, etter en redegjørelse for sakens faktum, trekke frem de momenter jeg mener kan være relevante for oppgavens problemstilling.

Ingeniørfirmaet Cirrus AS (heretter Cirrus) og et verft (Brødrene Aa AS) – senere også en større verftsgruppering – inngikk avtale om å utvikle og produsere en norsk luftputekatamaran. Cirrus laget alle tegninger og stod for de nødvendige beregningene, mens verftet stod for byggingen av skipet. Etter kontraheringen av 15 skip (Cirr 105 P, Cirr 115 P og Cirr 120 P) sa verftet opp samarbeidsavtalen, og utviklet i samarbeid med verftsgrupperingen en konkurrerende ”annen generasjon av båten” (UT 904).

Cirrus hevdet at deres rettigheter til tegninger og teknologi omkring Cirrbåtene var blitt misbrukt av verftsgrupperingen under utviklingen av UT 904. Høyesterett kom til at verftsgrupperingens samlede bruk av tegninger og teknologi var i strid med markedsføringsloven.

Høyesterett tok først stilling til om utarbeidingen av spesifikasjonene til UT 904 og bruk av Cirr 120 P til forsøk var i strid med mfl. (1972) § 1. Førstvoterende innleder drøftelsen med å konstatere at både spesifikasjonene og forsøkene var i strid med den samarbeidsavtale som forelå mellom partene. Deretter går førstvoterende over til den konkrete vurderingen etter mfl. § 1, hvor han legger avgjørende vekt på at det forelå brudd på kontraktsmessige plikter foretatt i direkte sammenheng med utviklingen av et nært konkurrerende produkt, og konkluderer med at ”[j]eg finner det klart at begge disse forhold var brudd på markedsføringsloven § 1 om kravet til god forretningsskikk mellom forretningsdrivende.”

Uttalelsen kan tas til inntekt for at der utnyttelse av kunnskap representerer et brudd på kontraktuelle plikter, så er dette av avgjørende betydning for om handlingen er i strid med ”god forretningsskikk”. Det kan anføres at uttalelsen har en viss overføringsverdi til prekontraktuelle plikter, ettersom tilliten mellom partene er av sentral betydning i begge forhold. Dommen kan dermed trekke i retning av at det er grunnlag for å hevde at dersom Bs utnyttelse av informasjon er i strid med prekontraktuelle plikter, så vil utnyttelsen også være i strid med generalklausulen.

En annen sak er at det fremstår som noe eiendommelig å gå veien om markedsføringsloven for å konstatere rettstridig atferd i en slik situasjon. Slik jeg ser det ville det ha vært mer hensiktsmessig å begrunne handlingens illegitimitet i brudd på kontraktsforpliktelser.

Etter spørsmålet om utarbeidelsen av spesifikasjoner og forsøkene var i strid med mfl. (1972) § 1 går Høyesterett over til å vurdere om verftets bruk av tegninger var i strid markedsføringsloven. Det fremgår ikke klart av drøftelsen om bruken av tegninger vurderes i relasjon til mfl. (1972) § 1 eller § 7. Det springende punkt i Høyesteretts vurdering er imidlertid om bruken var ”rettsstridig”. Irgens-Jensen fremholder at generelt vil de samme momenter være relevante etter rettstridsvurderingen i mfl. (2009) § 28 og ”god forretningsskikk”-vurderingen.⁷⁷ Jeg mener derfor at drøftelsen er relevant i forhold til oppgavens problemstilling, uavhengig av om den tar utgangspunkt i mfl. (1972) § 1 eller § 7.

I vurderingen av om det foreligger rettsstrid siterer førstvoterende Lassen (sitater jeg tidligere har trukket frem), og fremholder at partenes tidligere samarbeid kan lede til krav om særlig lojalitet. Førstvoterende legger blant annet vekt på at den teknologiske kunnskapen var av stor verdi for Cirrus, og at dette var presisert overfor verftene.

Dersom dette kravet til særlig lojalitet kan overføres til de situasjoner hvor det foreligger et tidligere forhandlingsforhold mellom partene, så kan det anføres at

⁷⁷ Irgens-Jensen (2010) s. 88

utnyttelse av informasjon i strid med denne plikten utgjør en kritikkverdig omstendighet utover selve informasjonsutnyttelsen.

Rt. 1997 side 199 er kritisert i teorien. Lunde hevder mindretallets votum synes å gi uttrykk for mer korrekt rettsbruk.⁷⁸ Mindretallet la avgjørende vekt på partenes avtaleforholds karakter av samarbeidsprosjekt. Mindretallet la til grunn at partene hadde utviklet de teknologiske resultatene i samarbeid, og at hver av partene dermed fritt kunne nyttiggjøre seg av de teknologiske resultatene etter samarbeidets opphør.

Jeg nevner dette fordi *forhandlinger* om samarbeid er preget av ensidighet. Det er tale om overførsel av informasjon uten at partene utvikler denne sammen. Det er forholdsvis uproblematisk å klarlegge hvilken kunnskap som skriver seg fra hvilken part, og en utnyttelse av motpartens kunnskap uten selv å ha bidratt til denne overhode er klart nok mer betenkelig enn å utnytte informasjon fra samarbeidsprosjekter. Når snylteelementet er såpass fremtredende kan det tenkes at forutgående forhandlinger bør tillegges større vekt enn forutgående samarbeid ved spørsmålet om utnyttelse av informasjon er i strid med ”god forretningsskikk”.⁷⁹

LB-2008-17240 er et utmerket eksempel på hvordan retten legger selvstendig vekt på partenes prekontraktuelle forhold ved spørsmål om informasjonsutnyttelsen er i strid med ”god forretningsskikk”.

Selskapene Flexiped AS og Heinz Kettler GmbH & Co KG (Kettler) inngikk i januar 2004 forhandlinger om en lisensavtale for treningsapparater av typen ”crosstrainer”. Tanken var å undersøke muligheten for et samarbeid, der Kettler skulle lisensiere Flexipeds teknologi og anvende denne i treningsapparater utviklet og solgt av Kettler. Det ble på denne bakgrunn inngått en såkalt ”Mutual Nondisclosure Agreement” (NDA-avtale), hvis formål var å legge til rette for utveksling av informasjon mellom partene. I november 2004 meddelte Kettler at de ikke lenger var interessert i et

⁷⁸ Lunde (2001) s. 401

⁷⁹ Lunde (2001) s. 401

samarbeid. Parallelt med forhandlingene med Flexiped hadde Kettler utviklet sin egen crosstrainer som ble vist frem på en messe i januar 2005.

Flexiped reiste sak med krav om erstatning for urettmessig bruk av Flexipeds teknologi og for brudd på markedsføringsloven.

Lagmannsretten kom til at den teknologiske informasjonen var ”allment tilgjengelig kunnskap”, og følgelig ikke vernet av NDA-avtalen eller mfl. (1972) §§ 7 og 8. Retten uttaler imidlertid deretter at ”inngåelsen av NDA-avtalen, og de påfølgende forhandlingene mellom Flexiped og Kettler, [kan] legge en særlig lojalitetsplikt på Kettler.” Lagmannsretten forankrer denne ”særlige lojalitetsplikten” i generalklausulen;

”[d]et er ingen grunn til å tro at Kettler har hatt til hensikt å produsere og markedsføre begge crosstrainere samtidig. Ved å unnlate å gi Flexiped beskjed straks beslutning var fattet, men derimot oppholde Flexiped med ’godt snakk’, har Kettler klart å oppnå å komme først på markedet med sitt eget produkt, samtidig som man har forsinket Flexiped og effektivt fratatt Flexiped muligheten til å gjenoppta forhandlingene med andre interessenter på et så tidlig tidspunkt at Flexiped kunne ha oppnådd å komme i konkurranse med Kettler. Lagmannsretten finner at denne handlemåte er i strid med god forretningsskikk, og at den innebærer et brudd på markedsføringsloven § 1.”

Til tross for at retten ikke sier dette eksplisitt forstår jeg dommen slik at ”god forretningsskikk”-vurderingen relateres til om det foreligger brudd på prekontraktuelle plikter. Henvisningen til ”godt snakk” kan vanskelig forstås som noe annet enn formålsløse forhandlinger, og atferd i strid med motpartens forventning om at forhandlinger innledes med det formål å nå frem til en avtale.

Jeg syns rettens drøftelse illustrerer hvordan dommeren flytter fokuset fra spørsmålet om informasjonsutnyttelsen var rettsstridig, til spørsmålet om Kettlers opptreden under kontraktsforhandlingene var illojal. Der sistnevnte tillegges avgjørende vekt ved ”god forretningsskikk”-vurderingen.

LA-2004-60570 gjaldt blant annet krav om erstatning som følge av påstått illojalitet i arbeidsforhold, rettstridig utnyttelse av bedriftshemmeligheter og knowhow i

næringsvirksomhet samt opptreden i strid med god forretningsskikk. Ingen av anførselene førte frem.

Ved vurderingen av om det forelå atferd i strid med ”god forretningsskikk” nøyde retten seg med å vise til sin drøftelse av de øvrige ansvarsgrunnlag – hvor den kom til at det ikke var grunnlag for å konstatere illojalitet i arbeidsforhold, og at den omtvistede informasjonen ikke kvalifiserte til vern etter mfl. (1972) §§ 7 eller 8 – før den konkluderte med at saksøkte ikke hadde handlet i strid med generalklausulen.

Avgjørelsen kan trekke i retning av at partenes forhandlingsforhold kun er relevant ved spørsmålet om informasjonsutnyttelsen er i strid med ”god forretningsskikk” der den ene parten har handlet i strid med den prekontraktuelle lojalitetsplikten. Dette synspunktet underbygges også av det faktum at i de saker hvor partenes forhandlings- eller kontraktsforhold har blitt tillagt vekt ved ”god forretningsskikk”-vurderingen, har så vidt meg bekjent den krenkende part handlet i strid med den lojalitetsplikten som gjelder for kontraherings- og kontraktsforhold, jf. Rt. 1959 side 712, Rt. 1997 side 199 og LB-2008-17240.

Næringslivets Konkurranseutvalg har avgitt uttalelser som kan bidra til å belyse spørsmålet om betydningen av partenes forhandlingsforhold ved spørsmål om informasjonsutnyttelsen er i strid med ”god forretningsskikk”. Se punkt 1.4.2 om uttalelsenes rettskildemessig stilling.

NKU sak nr. 5/2002 gjaldt spørsmålet om innklagede ved oppstart av konkurrerende virksomhet hadde gjort bruk av sensitive opplysninger som ble mottatt i forbindelse med forhandlinger om kjøp av alle aksjene i klager.

Utvalget la til grunn at opplysningene ikke var av en slik art at de kvalifiserte til vern etter mfl. (1972) § 7. Utvalget uttaler imidlertid deretter at

”[d]et kan likevel tenkes å være i strid med markedsføringsloven § 1, første ledd, om man i konkurransesammenheng misbruker sensitive opplysninger, gitt i fortrolighet i forbindelse med andre forhold.”

Utvalget tok ikke stilling til spørsmålet, da det kom til at opplysningene uansett ikke hadde hatt betydning for innklagedes mulighet til å etablere konkurrerende virksomhet.

Konkurranseutvalget har særlig drøftet betydningen av forutgående forretningsforbindelse i saker om beskyttelse mot produktetterlikning etter mfl. § 30, eventuelt § 25. Partenes forutgående kontakt benyttes ofte av Utvalget som argument for at mfl. § 25 er overtrådt, til tross for at etterlikningen ikke er i strid med spesialbestemmelsen i mfl. § 30.

Som eksempel kan nevnes NKU sak nr. 6/1995. Saken gjaldt spørsmål om innklagede hadde overtrådt mfl. (1972) § 9 (mfl. (2009) § 30) ved å etterligne klagerens produktlinje, subsidiært mfl. (1972) § 1.

Klageren hadde lansert en kosmetikkserie i Italia under navnet ”BIONSEN”. Kosmetikkserien ble vist frem på en kosmetikkmesse i Bologna hvor innklagede tok kontakt. Innklagede fulgte senere opp kontakten og uttrykte interesse for eksport av ”BIONSEN” til Skandinavia. Klager sendte som følge av dette over produktprøver. Kontakten mellom partene ble ikke videreført, og klager henvendte seg til andre aktører for eksport av produktet til Skandinavia. Like før lanseringen av ”BIONSEN” i Skandinavia oppdaget produktets norske agent at innklagede allerede var på markedet med produktet ”BIOSME”.

Konkurranseutvalget kom til at innklagede ikke hadde gjort seg skyldig i brudd på mfl. § 9, da det ikke forlåg forvekslingsfare. Utvalget kom derimot til at lanseringen av ”BIOSME” var i strid med mfl. § 1.

Det ble lagt vekt på at innklagede på bakgrunn av partenes forutgående kontakt ”måtte ha plikt til å utnytte de variasjonsmuligheter som foreligger, og sørge for å utforme sitt produkt på en måte som klarere adskiller seg fra klagerens.” Utvalget fant at innklagede ikke hadde søkt å skape avstand til ”BIONSEN”, ”men synes tvert om å ha utnyttet den forutgående kontakt med klageren til å legge sitt produkt så nært opp til [klagerens] som mulig.”

NKU sak nr. 9/1998 gjaldt spørsmålet om innklagedes markedsføring av kompostere var i strid med mfl. (1972) § 8a (mfl. (2009) § 30), eventuelt mfl. (1972) § 1. Utvalget kom til at § 8a ikke var krenket, men at generalklausulen var det.

Ved vurderingen av § 1 la utvalget til grunn at innklagede som tidligere forhandler av den aktuelle komposter hadde en særlig plikt til å skape tilstrekkelig avstand til klagers produkt. Når innklagede ikke hadde utnyttet variasjonsmulighetene i tilstrekkelig grad, var det i strid med generalklausulen.

I NKU sak nr. 13/2002 var det også spørsmål om handling i strid med daværende mfl. §§ 8a og 1. Utvalget kom til at ingen av bestemmelsene var krenket. I sin drøftelse av mfl. § 1 fremhever Utvalget at ”tidligere forretningsforbindelser mellom partene kan føre til en særlig aktsomhetsplikt i markedsføringen”. Avgjørende for resultatet synes å være at Utvalget ikke fant det sannsynliggjort at innklagede som følge av den forutgående kontakten hadde fått ”en innsikt i klagerens virksomhet og/eller produkt som er utnyttet på en rettsstridig måte.”

Til tross for at disse uttalelsene gjelder anvendelsen av generalklausulen på produktetterlikning er de likevel etter min mening av interesse for oppgavens tema. Noe upresist formulert er den eneste forskjellen at produktet i oppgaven ikke har kommet på markedet ennå. Uttalelsene fra NKU viser at det kan oppstilles en særlig aktsomhetsplikt utover det som følger av spesialbestemmelsen i § 30 der partene har hatt forutgående kontakt. Poenget synes å være at en konkurrent har en særlig plikt til å avstå fra etterlikning når han som følge av forretningsforbindelser har fått innsikt i klagerens virksomhet. Dersom en overfører dette synspunktet til spørsmålet om adgangen til å utnytte informasjon til å etablere konkurrerende virksomhet, så innebærer det at B har en særlig plikt til å avstå fra informasjonsutnyttelse når kunnskapen skriver seg fra forhandlingsforhold. I begge tilfeller er det tale om en særlig plikt til å avstå fra å snylte på en annens innsats, når kjennskapen til resultatet fra motpartens innsats skriver seg fra et tillitsforhold mellom partene.

Etter ovennevnte praksis er det etter min mening grunnlag for å hevde at partenes forhandlingsforhold medfører en særlig lojalitetsplikt. Dette synspunktet har støtte i Rt. 1959 side 712, Rt. 1997 side 199, LB-2008-17240 og uttalelser fra Næringslivets Konkurransautvalg, og er også antatt i juridisk teori.⁸⁰ Denne særlig lojalitetsplikten kan begrunne vern mot utnyttelse av informasjon etter mfl. § 25, utover det som følger av mfl. §§ 28 og 29.

Videre er det spørsmål om hva som ligger i denne særlige lojalitetsplikten. Rt. 1959 side 712, Rt. 1997 s. 199 og LB-2008-17240 kan tas til inntekt for at der informasjonsutnyttelsen er i strid med prekontraktuelle plikter (se punkt 3.1), så er utnyttelsen også i strid med ”god forretningsskikk”.

Når B utnytter informasjon – han har fått som følge av illojal opptreden under forhandlingsfasen – for å forbedre sin markedsposisjon på bekostning av A, så er det nærliggende å hevde at dette er i strid med ”god forretningsskikk”. I den tidligere omtalte Rt. 1990 side 607 kom Høyesterett til at det nyetablerte selskapet handlet i strid med ”god forretningsskikk” når ”det er utnyttet en konkurransefordel som skyldtes illojal opptreden overfor arbeidsgiver fra selskapets majoritetsaksjonærer.”

Mer tvilsomt er det om det er grunnlag for å hevde at forhandlingsforholdet – uten at det foreligger brudd på prekontraktuelle plikter – medfører et vern mot informasjonsutnyttelse etter mfl. § 25 utover det som følger av mfl. §§ 28 og 29. Så vidt meg bekjent foreligger det ingen rettspraksis hvor det tilkjennes et slikt vern. Irgens-Jensen legger til grunn at det ikke kan være tilfellet.⁸¹ Tilsvarende synes også å følge av LA-2004-60570.

Etter det som her er sagt er det grunnlag for å hevde at dersom Bs informasjonsutnyttelse er i strid med prekontraktuelle plikter, så er den også i strid med ”god forretningsskikk”. Og motsatt, dersom den ikke er i strid med prekontraktuelle plikter, så er utnyttelsen heller ikke i strid med ”god forretningsskikk”. Det skulle derfor

⁸⁰ Irgens-Jensen (2010) s. 106-107

⁸¹ Irgens-Jensen (2010) s. 107

tilsynelatende være uten betydning om A påberoper seg prekontraktuelte ansvar eller mfl. § 25 som rettslig grunnlag.

4 Rettsvirkninger

4.1 Innledning

I dette kapitlet skal jeg redegjøre for hvilke rettsvirkninger A kan gjøre gjeldende når det foreligger prekontraktuelt ansvar eller brudd på markedsføringsloven § 25. Jeg har tidligere konkludert med at det ved spørsmål om Bs atferd er rettsstridig eller ikke er uten betydning hvilket rettsgrunnlag man velger. Det er derfor av interesse å undersøke om rettsvirkningene A kan gjøre gjeldene er ulike. Dersom det ene grunnlag stiller A i en bedre posisjon enn det andre, så vil det selvsagt være av betydning for hvilket grunnlag A bør påberope seg for domstolene.

For den situasjon oppgaven har for øyet er det etter min oppfatning naturlig at A fremsetter følgende krav: forbud mot Bs videre utnyttelse av informasjonen, erstatning for tapt fortjeneste som følge av at samarbeidsprosjektet ikke ble noe av, erstatning for tap som følge av at B har oppholdt han med kontraktsforhandlinger og erstatning for kostnader direkte knyttet til forhandlingene.

Problemstillingen blir således om ovennevnte krav kan føre frem etter reglene om prekontraktuelt ansvar og markedsføringsloven § 25.

4.2 Prekontraktuelt ansvar

4.2.1 Innledning

Lojalitetsplikten som gjelder i den prekontraktsuelle fase etablerer et grunnlag for ansvar, men sier intet om hvilke rettsvirkninger som inntreffer ved ansvar.

En kan tenke seg to ulike utgangspunkter for rettsvirkningsvurderingen; deliktsretten eller kontraktsretten. Det prekontraktsuelle ansvar inneholder elementer fra begge rettsinstitutter, og den rettssystematiske plasseringen er problematisk. Den sentrale

rettsvirkningen ved brudd på prekontraktuelle plikter er erstatning. Reglene for erstatning i og utenfor kontrakt er forskjellige. Det er vanskelig å si noe generelt om det prekontraktuelle ansvar bør henføres under det ene eller andre institutt. Det rette må være å undersøke hver problemstilling separat, og avgjøre spørsmålet om erstatning etter en helhetsvurdering der momenter fra både deliktsretten og kontraktsretten er relevante.⁸²

4.2.2 Erstatningsutmålingen

Den alminnelige hovedregel i norsk rett er at skadelidte skal ha erstattet sitt fulle økonomiske tap. Erstatningsbeløpet skal som utgangspunkt utgjøre differansen mellom skadelidtes økonomiske stilling før og etter skaden. Denne hovedregelen gjelder også for de rene formuestap.⁸³

Erstatningsutmålingen forutsetter for det første en identifisering av den skaden som den ansvarsbetingende handling har forvoldt. For det andre må skaden stå i årsakssammenheng med rettsbruddet.

4.2.3 Den krenkede interesse

For de rene formuestap har det ved skadeidentifiseringen tradisjonelt vært benyttet en interesseliterterminologi; hvilke interesser hos skadelidte er krenket? Atferd i strid med den prekontraktuelle lojalitetsplikten krenker skadelidtes berettigede forventninger. Som vist under punkt 3.1 kan lojalitetsplikten spaltes opp i ulike pliktregler som hver verner sin spesifikke interesse, typisk opplysningsplikten. Simonsen opererer derimot med to overordnede interesser; såkalt forutsetningsorienterte og resultatorienterte interesser. Jeg er enig i at dette er en god fremgangsmåte.

Den forutsetningsorienterte interessen bygger på at partene har bestemte forventninger eller forutsetninger for å begi seg inn i kontraheringsforsøket. Sentralt her står forventningen om at forhandlinger innledes med det mål å nå frem til en kontrakt.

⁸² Simonsen (1997) s. 168-169

⁸³ Lødrup (2006) s. 335

Skaden består i at skadelidte er i villfarelse om skadevolders intensjoner. Det foreligger en brist i skadelidtes forventninger. Denne interessen kan også betegnes for tillitsinteressen.⁸⁴

Tillitsinteressen har sitt historiske utgangspunkt i læren om den negative kontraktsinteresse. Denne læren har sitt utspring i spørsmålet om erstatning for ugyldige avtaler, og innebærer en tapsdekning som stiller skadelidte som om avtale ikke var inngått. Det er tale om en dekning av det tap skadelidte er påført ved å ha stolt på avtalen.⁸⁵

Den resultatorienterte interessen bygger på partenes interesse i utfallet av kontraheringsforsøket. Den forvoldte skade er her tapet av kontrakten. Det kan hevdes at skadelidte har krav på erstatning tilsvarende kontraktsverdien dersom skadevolder ville ha inngått kontrakten om han hadde etterlevd de prekontraktuelle plikter. Denne interessen betegnes tradisjonelt som oppfyllelsesinteressen.⁸⁶

4.2.4 Adekvat årsakssammenheng

Etter de alminnelige vilkårene for erstatning må skaden stå i årsakssammenheng med rettsbruddet.⁸⁷

Kravet til årsakssammenheng kan beskrives ved hjelp av den såkalte differanselæren. To ulike hendelsesforløp holdes opp mot hverandre; det faktiske hendelsesforløpet og et hypotetisk hendelsesforløp. Det hypotetiske hendelsesforløpet er situasjonen slik den ville vært dersom skaden tenkes borte.⁸⁸ Den økonomiske differansen mellom disse to forløpene er i prinsippet erstatningsberettiget.

⁸⁴ Simonsen (1997) s. 296

⁸⁵ Simonsen (1997) s. 301

⁸⁶ Simonsen (1997) s. 296-297

⁸⁷ Simonsen (1997) s. 298-299

⁸⁸ Simonsen (1997) s. 302

Når det gjelder erstatning for forutsetningsinteressen blir spørsmålet om *skadelidte* ville ha deltatt i kontraheringsforsøket dersom han kjente til den faktiske situasjon.⁸⁹ For oppfyllelsesinteressen blir spørsmålet om *skadevolder* ville ha inngått kontrakt dersom feilen ikke hadde forekommet.⁹⁰ I deliktsretten er det tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for å godtgjøre at det hypotetiske hendelsesforløpet ville ha funnet sted.⁹¹ Jeg vil komme tilbake til hvilken sannsynlighetsgrad som kreves i de prekontraktuelle tilfeller.

I den alminnelige erstatningsretten er det videre et grunnvilkår for erstatning at skadelidtes tap er påregnelig eller adekvat. I dette ligger at tapet må stå i en rimelig nær sammenheng med den ansvarsbetingende handling, det må ikke være for fjernt eller avledet, jf. Rt. 1983 side 205.⁹²

Simonsen fremholder imidlertid at

”[n]år rammen for det prekontraktuelle dekningsområde skal søkes trukket, er det (...) unødvendig å ty til adekvanslærens avgrensningskriterier. Den berettigede forventning gir uttrykk for en kvalifisert adekvansbetraktning som gir langt snevrere dekningsrammer enn det som følger av de alminnelige påregnelighetsbetraktningene.”⁹³

Dette innebærer at det må undersøkes særskilt om tapet er av en slik art og omfang at det bør bæres av skadevolder.⁹⁴ Synspunktet er i samsvar med det som synes å være den gjeldende oppfatning for erstatning for rene formuestap i rettspraksis, jf. Rt. 2007 side 425 og juridisk teori.⁹⁵

For de rene formuestap generelt er dette synspunktet begrunnet med at skaden – i motsetning til integritetskrenkelser – ikke uten videre bør unngås. De

⁸⁹ Simonsen (1997) s. 297

⁹⁰ Simonsen (1997) s. 298

⁹¹ Lødrup (2006) s. 275

⁹² Lødrup (2006) s. 283-285

⁹³ Simonsen (1997) s. 339

⁹⁴ Simonsen (1997) s. 339

⁹⁵ Hjelmeng (2007)

risikobetraktninger som gjør seg gjeldene i deliktsretten kan ikke overføres til de rene formuestap. Det å påføre motparten et tap vil ofte være en nødvendig del av konkurransen i markedet.⁹⁶

Jeg vil i det følgende drøfte om As krav om erstatning for tap som følge av uteblitt samarbeidsprosjekt og for kostnader som følge av kontraktsforhandlingene kan føre frem.

4.2.5 Erstatning for tapt fortjeneste som følge av at forhandlingene ikke førte frem

Jeg forutsetter at B alene, eller i samarbeid med tredjemann, gjennomfører det prosjektet som var gjenstand for forhandlingene med A. Prosjektet gir forutsetningsvis B en fortjeneste. Spørsmålet her er om A kan kreve erstatning for tap av denne fortjenesten. Det er tale om en resultatorientert erstatningsutmåling (erstatning for oppfyllelsesinteressen); A krever erstatning for den fortjenesten en samarbeidsavtale ville ha gitt.

Hvorvidt skadelidte kan kreve erstatning for oppfyllelsesinteressen i prekontraktuelle forhold var lenge et åpent spørsmål i norsk rett.⁹⁷ Rettspraksis som er tatt til inntekt for å gi uttrykk for et prekontraktuelt ansvar var frem til 2001 hovedsaklig knyttet opp mot problemstillingen om erstatning under synspunktet negativ kontraktsinteresse, jf. Rt. 1970 side 637, Rt. 1984 side 624, Rt. 1992 side 1110, Rt. 1995 side 543 og Rt. 1998 side 761. I Rt. 1981 side 462 og Rt. 1981 side 1047 synes spørsmålet å stå mer åpent.

I teorien har diskusjonen særlig vært konsentrert rundt forholdet til avtalerettens system for kontraktsslutning; skal det være adgang til å få kompensert tap av denne art når avtale ikke er sluttet? Erstatning for oppfyllelsesinteressen har sitt utgangspunkt i kontraktsretten. Den fungerer som et oppfyllelsessurrogat for kontrakten. I den prekontraktuelle fase foreligger det ingen kontrakt. Erstattes oppfyllelsesinteressen til

⁹⁶ Simonsen (1997) s. 120

⁹⁷ Simonsen (1997) s. 359

tross for dette, oppstår en konflikt med avtalerettens regler for avtaleslutning. Særlig gjelder dette der den ansvarsbetingende handling er av en slik art at skadevolder klart har tilkjennegitt at han ikke innehar noen kontraheringsvilje.⁹⁸

Simonsen fremholder at det må legges vekt på at de prekontraktuelle situasjoner fremstår som overgangsfenomener mellom deliktsretten og kontraktsretten. Han hevder løsningen må bero på en mellomløsning. Det må med hjemmel i deliktsretten oppstilles et grunnleggende vilkår om at skadelidte godtgjør at han ville ha fått kontrakten dersom det prekontraktuelle rettsbruddet tenkes bort. I tillegg foreslår han alternative tilleggsvilkår; for det første må situasjonen ha en kontraktslignende karakter; har skadevolder gitt klart inntrykk av at kontrakt vil bli sluttet? For det andre kan det tenkes et skjerpet sannsynlighetskrav; det må fremstå som rimelig klart at skadelidte ville fått kontrakten og for det tredje kan det stilles krav om kvalifisert rettsbrudd; ved graverende overtramp kan det være større grunn til å kompensere oppfyllelsesinteressen enn ellers.⁹⁹ Disse synspunktene har blitt fulgt opp i nyere rettspraksis.

Rt. 2001 side 1062 Nucleusdommen var den første dommen hvor det ble tilkjent erstatning for oppfyllelsesinteressen ved prekontraktuelt ansvar.¹⁰⁰ Saken gjaldt krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen fra en anbyder (Nucleus) som mente seg forbigått i en anbudskonkurranse utlyst av en fylkeskommune.

Høyesterett konstaterer først at fylkeskommunen ved tildelingen av oppdraget hadde overtrådt tvingende anskaffelsesregler i anbuadsretten, og at kravet til årsakssammenheng utvilsomt var oppfylt; ”[u]tan dei omtala saksbehandlingsfeila er det klart mest sannsynleg at Nucleus ville fått oppdraget.”

Deretter reiser retten problemstillingen om ”den klanderverdige handlemåten hos fylkeskommunen gjer at Nucleus kan krevje skadebot ut frå den positive

⁹⁸ Simonsen (1997) s. 352-366

⁹⁹ Simonsen (1997) s. 352-366

¹⁰⁰ Hjelmeng (2007) s. 176

kontraktsinteressa”, og legger til grunn at det på nærmere vilkår bør være ansvar for den positive kontraktsinteressen ved forbigåing ved tildeling av anbud.

Høyesterett presiserer behovet for effektiviseringen av reglene i anbudsretten, og fremholder at erstatning for den negative kontraktsinteresse vil være lite egnet til å nå dette målet, ettersom denne erstatningssummen normalt vil være mye lavere enn oppfyllelsesinteressen.

I den konkrete vurderingen tar retten utgangspunkt i den mellomløsning som er presentert av Simonsen. Som vilkår for erstatning stiller den for det første krav om at oppdragsgiverens feil må være vesentlig. Ved denne vurderingen må det tas hensyn til både feilens størrelse, art og hvor mye oppdragsgiveren kan lastes. For det andre må det skje en tilstramming av beviskravet for årsakssammenheng. Det må kreves at anbyder med klar sannsynlighetsovervekt viser at oppdraget skulle gått til vedkommende anbyder.

Rt. 2007 side 425 gjaldt en spillers krav på få erstattet en spillegevinst som han ikke fikk, fordi han ble hindret i å inngå veddemål på grunn av uriktig merking av bongene. Den uriktige merkingen skyldtes uriktige opplysninger fra spillarrangørens side. Kravet ble ikke tatt tilfølge. Etter en konkret vurdering kom retten til at spillerens oppfyllelsesinteresse ikke nøytt erstatningsrettslig vern.

Ved vurderingen tok Høyesterett utgangspunkt i at

”[o]ppfyllelsesinteressen i en prekontraktuell fase har tradisjonelt ikke blitt ansett å ha erstatningsrettslig vern. Et nødvendig vilkår for slikt vern er at den som krever erstatning, hadde krav på å få inngå avtale. Det er ikke tvilsomt at det ville blitt inngått veddemål i dette tilfellet. (...) Men den omstendighet at kravsstilleren hadde slik rett, er etter min mening ikke alene tilstrekkelig for å gi kravet erstatningsrettslig vern, selv når det kan påvises at den uteblitte kontraktsinngåelse skyldes uaktsomhet på medkontrahentens side.”

Høyesterett kommenterer først rettstilstanden etter Nucleusdommen, og legger til grunn at denne dommen ikke åpner for erstatningsrettslig vern av oppfyllelsesinteressen på

generelt grunnlag. Det fremheves særlig at hensynet til effektiviseringen av den tvingende anbudslovgivningen tilsa at det forelå sterke beskyttelsesverdige interesser.

Når det gjaldt vurderingen av spillerens krav på erstatning kom Høyesterett til at det ikke forelå ”tungtveiende hensyn for å gi tap av en mulig spillegevinst erstatningsrettslig vern.” Det ble lagt vekt på at det angivelige formuestapet ikke var knyttet til normale forventninger om fortjeneste. Ved inngåelse av veddemål er det i utgangspunktet bare tale om en fjerntliggende mulighet for gevinst. Videre fremhevet retten hensynet til skadevolder; spillarrangøren måtte utgi en stor mengde informasjon, det var vanskelig å sikre seg mot feil og det var begrenset hvor mye som kunne kreves av arrangøren for å hindre mulige feil.

Rt. 2010 side 1478 gjaldt krav om dom på naturaloppfyllelse. Saksøkerne krevde at eierrettigheten til den omtvistede tomten måtte overføres dem som følge av brudd på prekontraktuelle plikter. Høyesterett kom til at kravet ikke kunne føre frem, og uttalte i den forbindelse at

”[e]t krav på naturaloppfyllelse forutsetter etter mitt syn at det ble inngått bindende avtale om å erverve tomten i fellesskap, og noen slik avtale foreligger – som tidligere nevnt – ikke. Jeg finner støtte for mitt syn blant annet i Rt. 2007 side 425”.

De tre nevnte Høyesterettsdommene viser at det er adgang til å få oppfyllelsesinteressen dekket, men at det skal mye til. De oppstiller alle tre et grunnvilkår om en hypotetisk avtale, men det nærmere innholdet av dette kravet synes å være noe forskjellig.

I Nucleusdommen kreves det at anbyder med klar sannsynlighetsovervekt viser at oppdraget skulle gått til vedkommende anbyder dersom saksbehandlingsfeilene ikke hadde forekommet.

I Rt. 2007 side 425 oppstilles det som grunnvilkår at skadelidte hadde ”krav på å få inngå avtale”. Det utdypes ikke nærmere hva som ligger i dette, men retten kommer til at vilkåret er oppfylt da ”[d]et ikke er tvilsomt at det ville ha blitt inngått veddemål i dette tilfellet.” Det er nærliggende å hevde at det også her var avgjørende for retten om

det forelå klar sannsynlighetsovervekt for at avtale ville ha kommet i stand dersom rettsbruddet ikke hadde funnet sted.

Rt. 2010 side 1478 er derimot uklar på dette punktet. Her krever Høyesterett at det foreligger en bindende avtale. Betyr det at klar sannsynlighetsovervekt ikke lenger er tilstrekkelig?

Dersom en oppstiller krav om bindende avtale vil imidlertid erstatning for oppfyllelsesinteressen i den prekontraktuelle fase ikke lenger ha noen selvstendig funksjon, ettersom vi da befinner oss innenfor kontraktsrettens område. Jeg er av den oppfatning at Høyesteretts uttalelse ikke kan forstås dit hen at det gjelder et generelt krav om bindende avtale. Uttalelsen må ses i sammenheng med sakens konkrete forhold. Faktum i saken skiller seg vesentlig fra Nucleusdommen og Rt. 2007 side 425, hvor feilen var av en slik art at avtale faktisk ville ha blitt inngått.

I Nucleusdommen var det klart at dersom fylkeskommunen ikke hadde foretatt ulovlig forskjellsbehandling, så hadde Nucleus fått oppdraget, ettersom de hadde lavest pris. I Rt. 2007 side 425 så var det heller ikke tvilsomt at spillavtale hadde blitt inngått dersom bongene hadde vært riktig merket. I Rt. 2010 side 1478 derimot kan det vanskelig hevdes at saksøkte ville ha inngått avtale dersom det ikke forelå brudd på de prekontraktuelle pliktene. Saksøkte hadde ved sin atferd klart tilkjennegitt manglende kontraheringsvilje, og dette ville neppe ha endret seg om han hadde spilt med åpne kort isteden for å bak ryggen på saksøkerne. Høyesteretts uttalelse må etter min mening forstås i lys av at sannsynligheten for avtaleinngåelse ikke ville vært godtgjort før det faktisk forelå en bindende avtale.

Etter dette kan det konkluderes med at det er adgang til erstatning for oppfyllelsesinteressen i den prekontraktuelle fase dersom det forligger klar sannsynlighetsovervekt for avtaleinngåelse og tungtveiende beskyttelsesverdige interesser, herunder hensynet til effektivisering av rettsreglene på vedkommende område, muligheten for fortjeneste, feilens grovhet, graden av skyld hos skadevolder og skadevolders mulighet til å sikre seg mot feil.

Når det gjelder den situasjon oppgaven har for øyet har jeg vanskelig for å se at grunnvilkåret om hypotetisk avtaleinngåelse er oppfylt. B har gjennom sin atferd (se punkt 3.1) klart tilkjennegitt at han ikke har noen intensjon om å nå frem til en avtale. En overholdelse av de prekontraktsuelle plikter endrer ikke det faktum at B ikke innehar noen kontraheringsvilje. Konklusjonen må derfor bli at As krav om erstatning for oppfyllelsesinteressen ikke kan føre frem.

4.2.6 Erstatning for kostnader som følge av forhandlingene

Spørsmålet her er om A kan kreve erstatning for kostnader han har hatt i forbindelse med forhandlingene.

For dette tapet er det her naturlig å innta årsaksperspektivet forutsetningsorientert tapsutmåling. Hensikten med den forutsetningsorienterte tapsutmålingen er nettopp å verne om partenes bruk av ressurser ved å delta i et kontraheringsforsøk. Dersom Bs pliktbrudd innebærer en forutsetningssvikt for As deltakelse i kontraktsforhandlingene, kan A kreve å bli stilt økonomisk som om han ikke hadde deltatt i forhandlingene.¹⁰¹

De relevante kostnadene kan deles inn i to hovedgrupper: For det første er det utgifter direkte knyttet til kontraktsforhandlingene. Disse vil typisk kunne bestå av utgifter som følge av utarbeidelse av prosjektforslag eller forhandlingsutspill, bruk av egen tid og krefter og reiser, opphold o.l. i forbindelse med forhandlingene.¹⁰² Den andre gruppen omfatter såkalt disponeringstap. Disponeringstap er tap som følge av disposisjoner foretatt i tillit til skadevolders opptreden.¹⁰³ Sentralt for oppgavens tema står As unnlattelse av å inngå samarbeidsavtale med tredjemann, som følge av de pågående kontraheringsbestrebelsene med B.

Når det gjelder den første gruppen av kostnader så er det ikke tvilsomt at A ikke ville ha pådratt seg disse dersom han var klar over at B ikke hadde noen intensjoner om

¹⁰¹ Simonsen (1997) s. 322

¹⁰² Simonsen (1997) s. 339-343

¹⁰³ Simonsen (1997) s. 343-345

avtaleinngåelse. Ved spørsmålet om disse utgiftene er av en slik art og omfang at de bør bæres av skadevolder vil det blant annet være av betydning om de fremstår som uforholdsmessige høye, og hvorvidt ressursbruken er egnet til å frembringe en avtaleslutning.¹⁰⁴

Når det gjelder den andre gruppen av tap; tap som følge av at A har unnlatt å kontrahere med tredjemann (disponeringstap), er løsningen mer usikker.

Tapet består av en uteblitt gevinst i forhold til tredjemann. Spørsmålet er altså om A kan kreve erstatning for oppfyllelsesinteressen i relasjon til tredjemann. Selv om det er tale om erstatning for oppfyllelsesinteressen gjør de betenkeligheter som det er redegjort for under punkt 4.2.5 seg ikke gjeldende her. Årsaken til manglende kontraktsinngåelse er ikke fraværet av kontraheringsvilje hos partene, men det forhold at A er i villfarelse hva gjelder muligheten for kontraktsinngåelse med B.¹⁰⁵

Av UNIDROIT Principles art. 2.1.15 (2) (se punkt 1.3.2 om deres rettskildemessige betydning) følger det at "a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party." I kommentarene til artikkelen heter det videre om erstatningsutmålingen at

"A party's liability for negotiating in bad faith is limited to the losses caused to the other party (para. (2)). In other words, the aggrieved party may recover the expenses incurred in the negotiations and may also be compensated for the lost opportunity to conclude another contract with a third person (so-called reliance or negative interest)".

Her nevnes det altså eksplisitt at det skal svares erstatning for tap som følge av uteblitt kontrakt med tredjemann.

Etter det som her er sagt er det etter min mening nærliggende å konkludere med at det rent prinsipielt er adgang til å kreve erstatning for disponeringstap.

¹⁰⁴ Simonsen (1997) s. 341

¹⁰⁵ Simonsen (1997) s. 345-346

Når det gjelder kravet til årsakssammenheng må A sannsynliggjøre at han ville inngått kontrakt med tredjemann dersom han hadde vært klar over den ansvarsbetingende handling. Kontraheringsbestrebelsene med B må ha vært en nødvendig betingelse for As beslutning om ikke å inngå kontrakt med tredjemann. Dette vil for eksempel ikke være tilfelle der tredjemanns tilbud ikke er konkurransedyktig nok. Simonsen fremholder at det er mulig en i tillegg til dette må kreve at kontraheringsbestrebelsene objektivt sett hindrer kontrahering med tredjemann.¹⁰⁶ Hagstrøm legger til grunn at erstatning for disponeringstap i kontraktsforhold "bare kan oppstå der avtalen *hindrer andre tilsvarende avtaler*, og der parten var fast innstilt på å kontrahere og dette også var gjennomførbart."¹⁰⁷

Ved vurderingen av om kontraheringsbestrebelsene hindrer avtale med tredjemann må det blant annet legges vekt på den påtenkte kontraktens størrelse, forhandlingenes varighet og skadelidtes kapasitet.¹⁰⁸ Der skadelidte er et lite firma og samarbeidsprosjektet berører vesentlig deler av dets virksomhet er det etter min mening nærliggende å anta forhandlingene objektivt sett hindrer kontrakt med tredjemann. Videre kan det for oppgavens vedkommende tillegges vekt at det er tale om et samarbeidsprosjekt som bygger på kunnskap som ikke er allment tilgjengelig. A vil formodentlig unngå å spre denne kunnskapen til en rekke ulike potensielle samarbeidspartnere.

Kravet til årsakssammenheng forutsetter også at kontrakten med tredjemann faktisk ville ha blitt inngått, og at denne ville ha gitt en gevinst. I teorien er det lagt til grunn at det kreves konkrete holdepunkter for at skadelidte har latt en kontrakt gå fra seg. Tredjemann må ha utvist en kontraheringsvilje. Dette vil typisk være tilfellet der det foreligger et avslått eller ikke akseptert tilbud fra tredjemann, eller beviselig tilbudslignende fremstøt fra tredjemann.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Simonsen (1997) s. 347

¹⁰⁷ Hagstrøm (2004) s. 522

¹⁰⁸ Simonsen (1997) s. 347

¹⁰⁹ Simonsen (1997) s. 345-346 og s. 348

Ved vurderingen av om tapet er av en slik art og omfang at det nyter erstatningsrettslig vern vil det være av betydning om skadelidtes unnlatelse av å kontrahere med tredjemann objektivt sett var en skjønnsom forretningsmessig disposisjon. A kan klart nok ikke forvente at B skal bære risikoen for hans tvilsomme forretningsmessige vurderinger. Videre er det av betydning om kontraheringsunntakelsen var synbar for B.¹¹⁰

4.3 Markedsføringsloven § 25

4.3.1 Innledning

Spørsmålet om hvilke sanksjoner den krenkede part kan gjøre gjeldene ved atferd i strid med mfl. § 25 er ikke nærmere regulert i loven. Det er imidlertid klart at § 25 er en forbudsbestemmelse, og den krenkede part kan dermed nedlegge krav om stansing eller forbud mot den krenkende atferd.¹¹¹ Det er videre sikker rett at den krenkede kan kreve erstatning etter de alminnelige erstatningsrettslige prinsippene.¹¹²

4.3.2 Forbud

Stansing av eller forbud mot videre atferd vil være aktuelt der den påstått krenkende atferd er vedvarende.¹¹³ Dette vil typisk være tilfellet der det foreligger ulovlig etterlikning av et produkt, og produktet er lagt ut for salg på markedet. Dersom den rettsstridige atferd derimot var en engangsforeteelse eller er opphørt, så vil et forbud mot atferden være lite verdt for den krenkede part.

For oppgavens vedkommende må det drøftes om det kan nedlegges et forbud mot at B bruker eller fortsetter å bruke informasjonen han har mottatt fra A i egen virksomhet.

¹¹⁰ Simonsen (1997) s. 347-348

¹¹¹ Innstilling fra konkurranselovkomitéen s. 83, Lunde (2010) s. 147 og Lunde (2001) s. 35

¹¹² Innstilling fra konkurranselovkomitéen s. 83, Løchen (2003) s. 252 og Lunde (2001) s. 36-37

¹¹³ Lunde (2001) s. 35

Det er allerede konkludert med utnyttelsen av informasjonen i seg selv ikke er rettstridig. Det er Bs prekontraktuelle kontakt med A og en helhetsvurdering av atferden utvist herunder som utgjør det rettsstridige ved handlingen.

I den tidligere omtalte LB-2008-17240 kom lagmannsretten til at det ikke var grunnlag for å nedlegge forbud mot at Kettler opprettholdt produksjonen av treningsapparatene saken gjaldt, ettersom Kettler ikke hadde misbrukt Flexipeds forretningshemmelighet.

Det rette må etter min oppfatning være å fokusere på hvilke interesser som er krenket ved Bs atferd og undersøke hvorvidt informasjonsutnyttelsen medfører en vedvarende krenkelse av disse. I dette tilfellet er det As forventninger til forhandlingsfasen som er krenket, og etter min mening opphører denne krenkelsen når forhandlingene avsluttes. Det vil dermed føre for langt å nedlegge et forbud mot Bs utnyttelse av informasjonen.

4.3.3 Erstatning

Erstatning forutsetter at kravene til uaktsomhet, økonomisk tap og adekvat årsakssammenheng er oppfylt.

Kravet til uaktsomhet volder ikke særlige problemer. Det må kunne legges til grunn at vilkåret er oppfylt når B illojalt innleder forhandlinger, for deretter å utnytte den mottatte informasjonen til å gi seg selv konkurransefordeler på bekostning av A.

Det som derimot byr på problemer er å fastlegge den økonomiske verdien av det tap A har lidt. Utgangspunktet er at A har krav på full erstatning, og at han må godtgjøre med en alminnelig grad av sannsynlighetsovervekt at det påståtte tapet oppstod som følge av den ansvarsbetingende handling.¹¹⁴ Denne vurderingen må nødvendigvis bli meget skjønnsmessig.¹¹⁵

¹¹⁴ Lødrup (2006) s. 335 og s. 275

¹¹⁵ Løchen (2003) s. 252

Når det gjelder den konkrete vurdering av hvilket tap A har lidt drøfter jeg først tap som følge av at samarbeidsprosjektet ikke ble noe av, deretter tap som følge av at B oppholdt han med kontraktsforhandlinger og til slutt kostnader direkte knyttet til forhandlingene.

As tap som følge av at samarbeidsprosjektet ikke ble noe av, vil formodentlig tilsvare den fortjeneste B har hatt på prosjektet. Antakelig må A her – i likhet med erstatning etter prekontraktuelt ansvar – sannsynliggjøre at avtale ville ha kommet i stand dersom B ikke hadde opptrådt i strid med god forretningsskikk. I motsetning til det prekontraktsuelle ansvar finner jeg ikke grunnlag for å oppstille et krav om skjerpet sannsynlighet, vesentlig feil og tungtveiende beskyttelsesverdige interesser. Den systemkonflikt som oppstår mellom erstatning for oppfyllelsesinteressen i den prekontraktsuelle fase og avtaleretten gjør seg ikke gjeldende her. De alminnelige erstatningsrettslige regler må gjelde fullt ut. Når det er sagt så vil det være meget vanskelig for A å sannsynliggjøre at avtale ville ha kommet i stand, ettersom B ikke har tilkjennegitt noen kontraheringsvilje. Et krav om erstatning for tap som følge av at B har oppholdt han med kontraktsforhandlinger vil nok lettere føre frem.

For sistnevnte krav er erstatningsutmålingen i den tidligere omtalte LB-2008-17240 særlig interessant. Retten la til grunn at det ville vært et marked for Flexipeds produkter dersom Flexiped hadde hatt anledning til å arbeide videre med sin teknologi i samarbeid med en annen produsent. Kettlers atferd medførte at Flexiped mistet en viktig anledning til å komme først på markedet. Retten fremholdt at Kettler ved sitt gode snakk hadde forsinket Flexiped med 18 måneder. Det ble vist til at Flexipeds teknologi var utviklet så langt at det var lite som gjenstod før apparatene kunne produseres og kommersialiseres.

Ved fastleggelsen av tapets størrelse tok retten utgangspunkt i Flexipeds tidligere forhandlinger med en amerikansk produsent. Partene hadde blitt enige om hvilken pris som skulle betales for Flexipeds teknologi. Lagmannsretten la disse tallene til grunn som en illustrasjon på hvor interessant Flexipeds teknologi var for markedet, og hva den kunne ha innbrakt av inntekter for Flexiped i de 18 månedene det var tale om.

Her er det verdt å merke seg at retten – i motsetning til erstatning for disponeringstap etter prekontraktuelt ansvar – ikke oppstiller noe krav om at Flexiped nærmest har inngått avtale med tredjemann. Det er tilstrekkelig å sannsynliggjøre at det ville vært et marked for Flexipeds produkter dersom de hadde samarbeidet med en annen produsent.

Etter min mening er det her ikke tvilsomt at Flexiped har lidt et tap som følge av Kettlers atferd, og jeg mener at den skjønnsmessige vurdering retten her foretar også kan anvendes på den situasjon oppgaven har for øyet. A må kunne kreve erstatning for det tap han lider som følge av Bs urettmessige ”tjuvstart”.

Når det gjelder kostnader direkte knyttet til kontraheringsforsøket, så må der være klart at dette er tap som står i klar årsakssammenheng med den erstatningsbetingende handling.

I teorien har det særlig vært diskutert om det ikke bør anvendes andre prinsipper – prinsipper som gir mer konkrete holdepunkter enn den alminnelig taps- og årsakssammenhengsbetraktningen – ved erstatningsutmålingen ved brudd på markedsføringsloven. Det har vært fremholdt at erstatning etter vederlagsprinsipper eller et berikelsessynspunkt vil gi klarere holdepunkter for fastleggelsen av tapets størrelse.¹¹⁶

Vederlagsprinsippet bygger på at den som rettstridig tilegner seg andres eiendom, ikke bør slippe billigere enn den som har brukt eller tilegnet seg dette på lovlig vis. Erstatningen bør fastsettes i samsvar med det som utgjør et naturlig vederlag for tilegnelsen.¹¹⁷ Berikelsessynspunktet innebærer at den krenkende part i det minste må fralegge seg fortjenesten ved den illojale konkurransehandlingen.¹¹⁸

Helset m. fl. stiller seg kritisk til disse prinsippene, og hevder at utgangspunktet etter gjeldende rett må være en skjønnsmessig fastsettelse på bakgrunn av de alminnelige

¹¹⁶ Immaterialrett og produktetterlikning mv. etter markedsføringsloven (2009) s. 655-656

¹¹⁷ Mestad (2001) s. 616

¹¹⁸ Immaterialrett og produktetterlikning mv. etter markedsføringsloven (2009) s. 655

prinsipper for erstatning.¹¹⁹ Lunde m. fl. hevder derimot at det er rettslig grunnlag for vederlags- og berikelsessynspunkter.¹²⁰

For den situasjon oppgaven behandler kan det stilles spørsmål om B må svare erstatning for den eventuelle fordel han har hatt av informasjonsutnyttelsen. Det kan hevdes at B ved å utnytte informasjonen fra A har spart tid og ressurser ved å ikke finne frem til denne informasjonen selv. Jeg er imidlertid av den oppfatning at det tapet A kan kreve dekket vil være større ved utmåling etter de alminnelige prinsipper, ettersom informasjonsutnyttelses ikke er det sentrale ved Bs illojale handling – det sentrale er Bs manglende kontraheringsvilje ved kontraktsforhandlingene og konkurrerende atferd. Jeg finner det derfor lite hensiktsmessig å gå nærmere inn på de problemstillinger erstatning etter et vederlagsprinsipp eller berikelsessynspunkt måtte reise. Det skal også nevnes at disse prinsippene hovedsaklig har blitt drøftet i forbindelse med produktetterlikning etter mfl. § 30, hvor snylteelementet er særlig fremtredende.

¹¹⁹ Immaterialrett og produktetterlikning mv. etter markedsføringsloven (2009) s. 655-656

¹²⁰ Lunde (2010) s. 255-257

5 Oppsummering

Både prekontraktuelt ansvar og markedsføringsloven § 25 er relevante rettsgrunnlag ved spørsmålet om Bs adgang til å utnytte informasjon mottatt under forhandlingsfasen. De gir begge anvisning på en lojalitetsvurdering.

Informasjonsutnyttelsen kan være i strid med både prekontraktuelle plikter og mfl. § 25 der B bruker informasjonen til å etablere virksomhet i direkte konkurranse med det samarbeidsprosjektet som var gjenstand for forhandlinger mellom A og B. For spørsmålet om informasjonsutnyttelsen er illojal er det dermed uten betydning om A velger å påberope seg prekontraktuelt ansvar eller mfl. § 25.

Når det gjelder hvilke rettsvirkninger som kan gjøres gjeldende synes et erstatningskrav etter mfl. § 25 lettere å føre frem enn etter prekontraktuelt ansvar. Erstatning etter mfl. § 25 bygger på de alminnelige erstatningsrettslige prinsipper. Erstatning etter prekontraktuelt ansvar krever – i tillegg til at de alminnelige vilkår for erstatning er oppfylt – at tapet etter en interesseavveining nyter erstatningsrettslig vern.

6 Registre

6.1 Litteraturliste

Gundersen, Aase og Stenvik, Are (red.) i samarbeid med BA-HR *Aktuell immaterialrett*. Oslo, 2008.

Hagstrøm, Viggo. *Informasjonsansvar – Om villedning av annen enn kontraktspart*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap (1989), s. 196. (Sitert fra Lovdata)

Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett i samarbeid med Magnus Aarbakke*. 3. opplag. Oslo, 2004.

Helset, Per, Reimers, Felix, Stene, Toril Melander og Vik, Ragnar *Immaterialrett og produktetterlikning mv. etter markedsføringsloven*. Oslo, 2009.

Hjelmeng, Erling. *Interessevern og rene formuesskader – i lys av Rt-2007-425*. I: Tidsskrift for erstatningsrett. 2007, s. 169. (Sitert fra Lovdata)

Høgberg, Alf Petter. *Internasjonaliseringen av kontraktsretten*. I: Tidsskrift for forretningsjus. 2006, s. 108. (Sitert fra Lovdata)

Irgens-Jensen, Harald *Bedriftens hemmelighet – og rettighet? Immaterialrett, kontraktsrett og konkurranserett møtes*. Oslo, 2010.

Koktvedgaard, Mogens *Immaterialretspositioner. Bidrag til læren om de lovbestemte enerettigheter og deres forhold til den almene konkurranceret*. 1. utg, 2. opplag. København, 1965.

Lassen, Birger Stuevold. *Om tyveri av bygninger og anlegg – idébeskyttelse og vern mot etterligning*. I: Innledningsforedrag 16. oktober 1986 i Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. 1988. (Sitert fra Lovdata)

Lunde, Tore *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*. Bergen, 2001.

Lunde, Tore, Mestad, Ingvild og Michaelsen, Terje *Markedsføringsloven med kommentarer*. Oslo, 2010.

Løchen, Torvald C. og Grimstad, Amund *Markedsføringsloven. Kommentartutgave*. 7. utg. Oslo, 2003.

Lødrup, Peter *Lærebok i erstatningsrett*. 5. utg., 2. opplag. Oslo, 2006.

Mestad, Ingvild. *Erstatning ved krenkelse av markedsføringslovens bestemmelser til vern om immaterielle verdier*. Lov og Rett. 2001, s. 610. (Sitert fra Lovdata)

Munukka, Jori *Kontraktuell lojalitetsplikt*. Stockholm, 2007.

Nazarian, Henriette *Lojalitetsplikten i kontraktsforhold*. Oslo, 2007.

Simonsen, Lasse *Prekontraktuell ansvsar*. Oslo, 1997.

Woxholt, Geir *Avtalerett*. 7. utg. Oslo, 2009.

6.2 Lover

1922 Lov om utilbørlig konkurranse av 7. juli 1922 nr. 2 (opphevet ved lov av 16. juni 1972 nr. 47).

1972 Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven) av 16. juni 1972 nr. 47 (opphevet ved lov av 9. januar 2009 nr. 2).

- | | |
|------|--|
| 1988 | Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27. |
| 1992 | Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) av 3. juli 1992 nr. 93. |
| 2002 | Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21. juni 2002 nr. 24. |
| 2009 | Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) av 9. januar 2009 nr. 2. |

6.3 Forarbeider

Indstilling til lov mot utilbørlig konkurranse fra komiteen av 10. december 1915. Kristiania 1915.

Innstilling fra Konkurranselovkomiteén. Otta 1966.

Innst.O. nr 20 (2008-2009)	Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) (Sitert fra Lovdata)
----------------------------	---

6.4 Rettspraksis og annen juridisk praksis

6.4.1 Norsk Retstidende

Rt. 1959 side 712

Rt. 1960 side 371

Rt. 1964 side 238

Rt. 1970 side 637

Rt. 1981 side 462

Rt. 1981 side 1047

Rt. 1983 side 205

Rt. 1984 side 624

Rt. 1990 side 607
Rt. 1991 side 1335
Rt. 1992 side 1110
Rt. 1995 side 543
Rt. 1995 side 1908
Rt. 1997 side 199
Rt. 1998 side 761
Rt. 1998 side 1315
Rt. 2001 side 1062
Rt. 2006 side 1519
Rt. 2006 side 1585
Rt. 2007 side 425
Rt. 2010 side 1478

6.4.2 Utrykte underrettsavgjørelser hos Lovdata

LA-2004-60570

LB-2003-8737

LB-2008-17240

6.4.3 Uttalelser fra Næringslivets Konkurransautvalg (NKU)

NKU sak nr. 6/1995

NKU sak nr. 9/1998

NKU sak nr. 5/2002

NKU sak nr. 13/2002

6.5 Regler utarbeidet av private organisasjoner

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Roma 2004. (Sitert 22.04.2011 fra www.unidroit.org/)

Vedtekter for Næringslivets Konkurransautvalg, sist endret 02.06.2009. (Sisert
22.04.2011 fra www.konkurransautvalget.no)